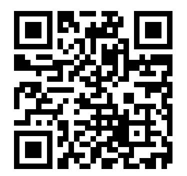
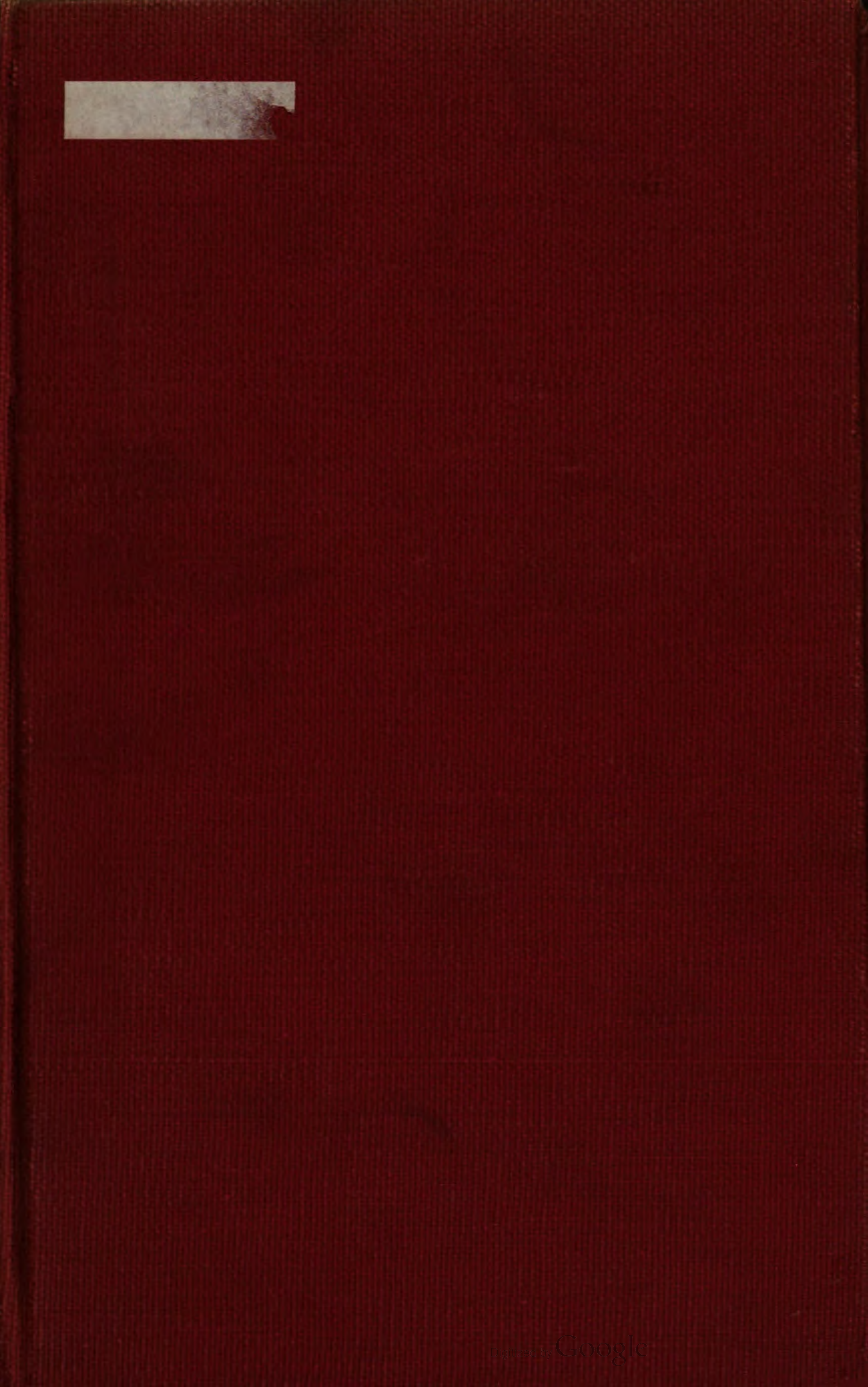
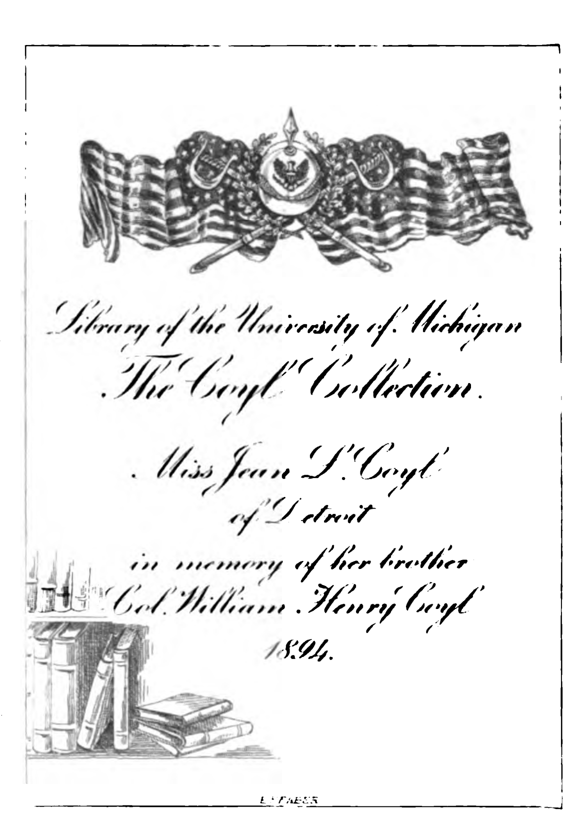
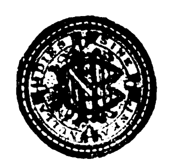


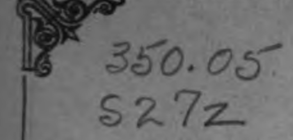





Library of the University of Michigan
The Coyl Collection.
Miss Jean L. Coyl
of Detroit
in memory of her brother
Col. William Henry Coyl
1894.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.



ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

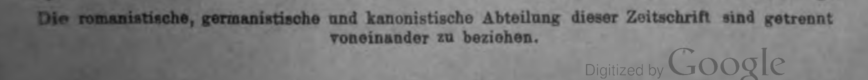
E. LEVY, E. RABEL, E. HEYMANN,
U. STUTZ, H. E. FEINE.

SIEBENUNDVIERZIGSTER BAND

LX. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
HOF-BUCHDRUCKEREI UND VERLAGSBUCHHANDLUNG G. M. B. H.
1927.


Die romanistische, germanistische und kanonistische Abteilung dieser Zeitschrift sind getrennt voneinander zu beziehen.

Jeder Band dieser Zeitschrift zerfällt in drei selbständige und auch für sich käufliche Abteilungen, in eine romanistische, eine germanistische und eine kanonistische.

Zusendungen für die romanistische Abteilung werden erbeten zu Händen des geschäftsführenden Mitgliedes ihrer Redaktion, des Herrn *Professors Dr. Ernst Levy in Freiburg (Breisgau)* (Sternwaldstr. 26.)

Zusendungen für die germanistische Abteilung werden erbeten zu Händen des geschäftsführenden Mitgliedes ihrer Redaktion, des Herrn *Geheimen Justizrats Professor D. Dr. Ulrich Stutz in Berlin* (W 50, Budapesterstraße 13).

Zusendungen für die kanonistische Abteilung werden, soweit es sich um Manuskripte von Abhandlungen und Miszellen handelt, erbeten zu Händen des Herrn *Geheimen Justizrats Professor D. Dr. Ulrich Stutz in Berlin* (W 50, Budapesterstraße 13); Rezensionsexemplare und Manuskripte von Besprechungen sind dagegen einzusenden an Herrn *Professor Dr. Hans Erich Feine in Rostock i. M.* (Orléansstraße 18).

* * *

Die Zeitschrift erscheint jeweilen im **April.** Wir bitten, Manuskripte von Abhandlungen und Miszellen ja bis zum 1. November, solche von Besprechungen bis Weihnachten uns einzusenden. Für die Aufnahme später eingehender Beiträge in den laufenden Jahrgang kann eine Gewähr nicht übernommen werden.

U. Stutz. *H. E. Feine.* *E. Levy.*

* * *

Um eine unnötige Verteuerung des Bandes zu vermeiden, sind wir genötigt, bei Korrekturänderungen, die einen Zeitaufwand von mehr als 2 Stunden für den Bogen erfordern, die überschreitende Zeit dem Verfasser zu berechnen.

Hermann Böhlaus Nachfolger

Hof-Buchdruckerei und Verlagsbuchhandlung G. m. b. H.

Inhalt des XLVII. Bandes.

Romanistische Abteilung.

Literatur:

Alphabetisches Verzeichnis der Mitarbeiter an diesem Bande:

Beseler S. 53, 355. — Bruck S. 462. — Ebrard S. 417, 423, 564. — Erman S. 584. — Fabricius S. 488. — Fraenkel S. 397. — Genzmer S. 381, 455, 459. — Gradenwitz S. 490. — Kaden S. 440, 551. — Kalinka S. 319. — Kantorowicz S. 382. — Koschaker S. 507. — Kreller S. 436. — H. Krüger S. 387. — Kunkel S. 569, 586. — Leesment S. 582. — Lenel S. 1, 29, 381, 414. — Levy S. 117, 512, 579, 581, 583, 586. — V. Müller S. 469. — Pringsheim S. 463. — Pritsch S. 446. — Rabel S. 469, 477. — Riccobono S. 75. — Samter S. 379. — Schönbauer S. 264. — Schulz S. IX, 39. — † Seckel S. 117. — Stoll S. 425. 513. — Taubenschlag S. 439. — Wenger S. 502.

Paul Krüger †.

Hochbetagt, im 87. Lebensjahr, ist Paul Krüger am 11. Mai 1926 in Bonn gestorben.

Er war der Sohn des Tanzlehrers (Kgl. Tänzers) August Krüger in Berlin[1]), und zwar sein zwölftes und letztes Kind, geboren am 20. März 1840 in Berlin und evangelisch getauft auf die Namen Paul Wilhelm Anton. Er besuchte zunächst die Berliner Dorotheenstädtische Stadtschule (später Dorotheenstädtische Realschule genannt), dann viereinhalb Jahre das neugegründete Gymnasium der Friedrich-Wilhelmstädtischen höheren Lehranstalt (später Friedrichsgymnasium genannt), das er am 26. März 1858 mit dem Reifezeugnis verließ.[2]) Seine Neigung und Begabung für die Mathematik ließen ihn eine Zeitlang daran denken, Mathematik zu studieren, um dann Genieoffizier zu werden; doch gab er diesen Plan wegen der Überzahl der Anwärter bald wieder auf[3]); schon das Reifezeugnis des Gymnasiums erwähnt seinen Entschluß, Jurisprudenz zu studieren. Am 7. April 1858 wurde er in der Berliner Universität immatrikuliert und studierte hier während seiner ganzen Studienzeit bis zum Schluß des Wintersemesters 1860/61. Er hörte

---

[1]) In einem bei Krügers Papieren befindlichen Bürgerbrief der Stadt Berlin vom 9. Februar 1810 wird einem Tanzlehrer Gottfried Wilhelm Leonhard Krüger das Berliner Bürgerrecht verliehen. Es handelt sich wohl um Paul Krügers Großvater. — Dieses Dokument wie alle andern im folgenden angeführten Urkunden und Briefe hat Frau Geheimrat Krüger zusammen mit dem handschriftlichen Nachlaß Paul Krügers in dankenswerter Weise der Universitätsbibliothek Bonn übergeben.

[2]) Dieses Zeugnis und zahlreiche andere Schulzeugnisse in P. Krügers Papieren. Einige Erinnerungen aus der Kinderzeit Selbstbiographie 153 (Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen. Herausgegeben von Hans Planitz, Bd. 2, 1924, S. 153ff.).

[3]) Selbstbiographie 154.

hier[1]) Enzyklopädie und Methodologie bei Heydemann, Römisches Recht bei Keller, Deutsches Recht bei Homeyer, Preußisches Recht bei Heydemann, Zivilprozeß bei Keller, Strafrecht und Strafprozeß bei Berner, Staatsrecht und Rechtsphilosophie bei Stahl, Englische Rechtsgeschichte und Englisches Staatsrecht bei Gneist, Kirchenrecht bei Richter und Dove, Völkerrecht bei Heffter.[2]) Von nichtjuristischen Vorlesungen hörte er (von Gerichtlicher Medizin und Nationalökonomie abgesehen) nur Trendelenburgs Logik, Rankes Englische Geschichte und Maßmanns Vorlesung über Diplomatik.[3]) Als seinen Hauptlehrer hat Krüger stets Keller bezeichnet[4]), freilich (in Gesprächen) nur in dem Sinne, daß Kellers wissenschaftliche Persönlichkeit auf ihn den stärksten Eindruck gemacht und ihn entscheidend zur eigenen wissenschaftlichen Arbeit angeregt hat. Von einer wissenschaftlichen Unterweisung und Überwachung im einzelnen durch Keller war keine Rede; Krüger war frühzeitig ein sehr selbständiger Arbeiter, auch starb Keller noch vor Abschluß seiner Studien (am 11. September 1860). Am 9. März 1861 promovierte Krüger unter Beselers Dekanat magna cum laude[5]) mit der Dissertation De temporum computatione Romanorum, einer tüchtigen Arbeit, an deren Hauptthese er auch später noch festhielt.[6])

Das Universitätsstudium war damit abgeschlossen. Sicherlich faßte Krüger schon damals die gelehrte Laufbahn ins Auge, trat aber gleichwohl zunächst in den Preußischen Justizdienst ein: in Preußen war dazu damals die Ablegung eines Staatsexamens für denjenigen nicht erforderlich, der auf einer Preußischen Universität die juri-

---

[1]) Nach dem Abgangszeugnis der Universität Berlin v. 18. März 1861.

[2]) Selbstbiographie 154 berichtet Krüger, er habe auch die Vorlesungen von Georg Beseler einige Semester hindurch gehört. Belegt hat er sie aber jedenfalls nicht, das Abgangszeugnis erwähnt sie nicht. Beseler kam im Frühjahr 1859 nach Berlin.

[3]) Diese Vorlesung kündet den späteren Handschriftenforscher an.

[4]) So auch Selbstbiographie 154.

[5]) Doktordiplom vom 9. März 1861.

[6]) Siehe unten S. XV und Windscheid, Pand. I § 103 N. 15 und 16.

stische Doktorwürde erworben hatte. Am 17. April 1861 wurde er als Auskultator beim Kammergericht verpflichtet und eingeführt[1]), später, am 1. Dezember 1862, zum Kammergerichts-Referendar ernannt.[2]) Am 2. November 1865 wurde er auf seinen Antrag aus dem Justizdienst wieder entlassen.[3]) Neben dieser praktischen Tätigkeit wurden in diesen Jahren seine wissenschaftlichen Studien aufs eifrigste betrieben; der Justizdienst nahm wohl nicht allzuviel Zeit in Anspruch, Soldat brauchte er nicht zu werden, da er 'wegen Brust- und allgemeiner Körperschwäche' für 'dauernd unbrauchbar zum Dienst im stehenden Heere' erklärt wurde.[4]) Er besorgte die 3. Auflage von Kellers Römischem Zivilprozeß (1863), arbeitete aber vor allem an seiner Habilitationsschrift, seinem Buche über 'Prozessualische Konsumption und Rechtskraft des Erkenntnisses' (1864); am 27. Juli 1864 habilitierte er sich bei der Berliner juristischen Fakultät.[5])

Bis hierher ist Krüger ein echter rechter Kellerschüler, und vielleicht wäre der Römische Zivilprozeß sein Hauptforschungsgebiet geblieben; nun aber griff Theodor Mommsen in sein Leben ein und gab seiner Forschung die Richtung, die sie bis ans Ende festgehalten hat. Auf Rudorffs Empfehlung hin[6]) nahm ihn Mommsen im Sommer oder Herbst 1864[7]) zum Mitarbeiter für seine Digestenausgabe. So groß und wichtig auch die von Krüger an den Digesten geleistete Arbeit ist, wie das Mommsen selbst gebührend anerkannt hat[8]), so ist doch von vorn-

1) Schreiben des Kammergerichts vom 9. April 1861.

2) Schreiben des Kammergerichts-Präsidenten vom 9. Oktober 1888. Krüger hatte 1888 wegen dieses Datums beim Kammergericht angefragt.

3) Dimissoriale und Schreiben des Kammergerichts vom 2. November 1865.

4) Ausmusterungsschein vom 23. Juni 1863.

5) Schreiben des Dekans der Berliner jur. Fakultät (H. Brunner) vom 27. Mai 1907.

6) Selbstbiographie 154.

7) Daß Mommsen ihn erst nach der Habilitation engagierte, bezeugt Selbstbiographie 154; daß er schon im November 1864 an der Arbeit war, zeigen Mommsens Briefe an Krüger.

8) Praefatio zur großen Digestenausgabe S. LXXX: 'Paulus Krueger, qui universi laboris socius fieri voluit, cum iuris doctrina saepe me

herein klar, daß in dieser glorreichen Arbeitsgemeinschaft Mommsen durchaus der Leitende und Anordnende, der damals vierundzwanzigjährige Krüger der Ausführende und Lernende gewesen ist, und mit Unrecht hat später Krüger den Ehrentitel eines Mommsenschülers abgelehnt.[1]) Durch die Mitarbeit an den Digesten gelangte Krüger auf das Arbeitsfeld, auf dem seine besondere wissenschaftliche Persönlichkeit und Begabung sich voll entfalten und die schönsten Erfolge erringen konnte. Seine nüchterne Art, sein großer an der Mathematik geschulter Scharfsinn, seine Beherrschung der philologischen Methode in Verbindung mit der gründlichsten Kenntnis des römischen Rechts, nicht zum wenigsten aber auch sein bis zuletzt scharfes Auge und sein eiserner entsagungsbereiter Fleiß: solche Eigenschaften befähigten ihn allerdings in besonderem Maße zur Herausgabe der römischen Rechtsquellen. Krüger tritt denn auch bereits in seinen ersten Editionsarbeiten als vollkommen fertiger Forscher auf.

Auf Mommsens Anregung[2]) nahm er zunächst eine kritische Ausgabe des Codex Justinianus in Angriff, auf Mommsen geht aber wohl auch seine Ausgabe der Justinianischen Institutionen zurück. Noch während die Arbeit an den Digesten weiterlief, begann er die neuen Arbeiten, und schon im Jahre 1867 konnte er die ersten Früchte vorlegen. In diesem Jahre erschien zunächst seine Ausgabe der Institutionen Justinians (Oktavausgabe).[3]) Der Lesartenwust der Schraderschen Ausgabe ist hier entschlossen beiseitegeschoben[4]) und der Text fast ausschließlich auf der vorbolognesischen Überlieferung aufgebaut. Mit vollem

---

adiuvit tum in varia lectione ex libris veteribus enotanda et in plagulis corrigendis opera continua et fideli.'

[1]) Selbstbiographie 154. Auch Landsberg, Geschichte der deutsch. RechtsW. 3, 2 Anmerkungen S. 369 will mit Unrecht Krüger nicht als Mommsenschüler bezeichnen.

[2]) Vgl. Krüger, Kritik des Justinianischen Codex S. 5.

[3]) Unrichtig ist in der Praefatio der vierten Auflage der Octavausgabe (1921) 1868 als das Erscheinungsjahr der ersten Auflage angegeben.

[4]) Die Institutionen der Kriegelschen Ausgabe beruhen in erster Linie auf älteren Ausgaben.

Recht.[1]) Denn da es höchst unwahrscheinlich ist, daß die bologneser Handschriften unmittelbar auf Handschriften zurückgehen, die älter sind als die uns erhaltene vorbologneser Überlieferung, andrerseits uns die Konjekturfreudigkeit der bologneser Zeit bekannt ist, so muß eine von der vorbologneser Überlieferung abweichende 'bessere' Lesart der bologneser Handschriften im Zweifel als Konjektur bewertet werden.[2]) Krüger war also bei seiner Textkonstitution keineswegs von dem 'Vorurteil des höheren Alters' (der Handschriften)[3]) beherrscht, und er hat daher mit Recht an der Anlage seiner Ausgabe auch in den späteren Auflagen trotz des Widerspruches Huschkes[4]) festgehalten. Allerdings beruhte diese erste Auflage seiner Ausgabe noch nicht in dem Maße auf Autopsie der maßgebenden Handschriften wie die späteren.[5]) Noch im gleichen Jahre (1867) konnte er eine neue (noch heute maßgebende) Ausgabe der Turiner Institutionenglosse[6]), vor allem aber seine 'Kritik des Justinianischen Codex' als Vorarbeit für die geplante Codexausgabe veröffentlichen. Freilich hatte Herrmann in seiner Codexausgabe im Kriegelschen

---

[1]) Zum folgenden Kantorowicz, Einführung in die Textkritik (1921).

[2]) Demnach als unechte (aber möglicherweise richtige) Lesart: Kantorowicz S. 5.

[3]) Über dieses Vorurteil siehe Kantorowicz S. 22.

[4]) In seiner ein Jahr später (1868) erschienenen Institutionenausgabe (Teubner) S. IV: Si quis eam legem ponit, quam Kruegerus observasse videtur, ut ad codices seculo duodecimo inferiores tanquam deteriores tum tantum refugiat, si antiquiorum lectio nullo modo ferri possit, is non satis reputat, primum, etiamsi sola antiquitas aestimetur, inferiores codices ex multo antiquioribus quam qui nobis supersunt, posse originem ducere indeque antiquiores et saniores lectiones servasse; deinde eandem rationem, propter quam absurda antiquioris codicis lectio ex posteriore codice corrigitur, etiam facere, ut probabilior posterioris praeferatur peiori antiquioris. Vgl. auch Meischeider, Krit. VJSchr. 12 (1870) 144 ff.

[5]) Man vergleiche in der 'Signorum Explicatio' S. V der Ausgabe von 1867 die Angaben über die benutzten Handschriften mit den entsprechenden Angaben der späteren Auflagen.

[6]) Z. f. RG. 7, 44.

Corpus iuris namhaftes geleistet[1]); aber eine Übersicht über die vorhandenen Handschriften, eine Beschreibung und Bewertung der wichtigsten, eine Beurteilung der älteren Ausgaben als Hilfsmittel zur Textkonstitution fehlte noch immer. Das holte Krüger jetzt nach.

Die folgenden drei Jahre sind in der Hauptsache von großen Studienreisen nach Italien, Frankreich und England in Anspruch genommen, die ihm ein Reisestipendium der Savigny-Stiftung[2]) ermöglichte.[3]) Diese Reisen sollten in erster Linie der Fertigstellung der Ausgabe des Codex Justinianus dienen, doch war schon damals auch eine Ausgabe des Codex Theodosianus ins Auge gefaßt und Krüger ausdrücklich damit betraut, auch für diese Ausgabe den kritischen Apparat zu beschaffen.[4]) Auch noch andern kleineren Aufgaben widmete Krüger auf diesen Reisen seine Aufmerksamkeit. So verglich er insbesondere in Verona und Vercelli die dort befindlichen Institutionenhandschriften[5]) sowie die Handschrift des Fragmentum de iure fisci[6]), im Vatikan die Handschrift der Epitome Ulpiani.[7]) Die italienische Reise führte ihn auch mit Studemund zusammen, den er 1868 in Verona, am Apographum der Gaius-Institutionen arbeitend, antraf und monatelang bei seiner Arbeit fördern konnte.[8]) Die gemeinsame Arbeit begründete zwischen den beiden Gelehrten ein enges Freundschaftsverhält-

---

[1]) Krüger, Geschichte der Quellen und Literatur (1912) S. 437.

[2]) Insgesamt M. 11 700; vgl. SZ. 1 S. XVII, Schreiben des Präsidenten der Bayrischen Akademie der Wissenschaften d. d. München, 22. August 1867 und der Preußischen Akademie der Wissenschaften d. d. Berlin, 7. August 1869.

[3]) Unrichtig verlegt Selbstbiographie 154 (siehe aber S. 163) den Antritt der Reise in das Jahr 1874 und schweigt von den Reisen 1868—1870 ganz. Freilich hat Krüger auch 1874 eine Studienreise gemacht.

[4]) Siehe das in N. 2 zitierte Schreiben der Berliner Akademie und SZ. 1 S. XVIII.

[5]) Vgl. die 'Signorum Explicatio' seiner Institutionenausgaben (seit 1868) zu V und U.

[6]) Siehe die Praefatio seiner Ausgabe dieses Fragments (1868), datiert Veronae Kalendis Augustiis a. 1868.

[7]) Praefatio zu seiner Ulpianausgabe (Collectio librorum 2) S. 4.

[8]) Selbstbiographie 159; Studemund, Gaii Inst. (Apographum) S. XVI.

nis, das ungetrübt bis zum Tode Studemunds fortbestand und dem wir die schöne Gaiusausgabe der 'Collectio' verdanken.

Schon 1868 konnte Krüger auf Grund seiner neuen Handschriftenstudien das Fragmentum de iure fisci in einer neuen Ausgabe vorlegen, und als im nächsten Jahre in der Stereotypausgabe des Corpus iuris civilis[1]) auch die Institutionen in einer von ihm besorgten neuen Ausgabe erschienen, beruhte diese Ausgabe nunmehr mit einer einzigen Ausnahme auf Handschriften, die Krüger selbst verglichen hatte.[2]) In seinen 'Kritischen Studien' endlich, die er 1870 veröffentlichte, verwertete er bereits die neuen Gaius-Lesungen, so in den Abhandlungen über den Widerruf des Testaments, über die deductio quae moribus fit und die vis im interdictum uti possidetis sowie in den 'Vorschlägen zu den Institutionen des Gaius': alles Abhandlungen, die sich aus seiner Beschäftigung mit der Veroneser Handschrift ergeben hatten. Für sich allein stehen in diesen Studien die wichtige Abhandlung über die Wiener Fragmente der Ulpianschen Institutionen, die Studie über die Formula Baetica, die das Problem des Baetischen Täfelchens freilich nicht endgültig löst[3]), sowie der kleine 'Beitrag zur Lehre von der Civilcomputation', der die Grundthese der Doktordissertation wieder aufnimmt.[4])

---

[1]) Nämlich in ihrem ersten Stück: Corpus iuris civilis. Editio stereotypa. I. II. Institutiones recognovit Paulus Krueger. Digestorum liber I—XXIV recognovit Theodorus Mommsen. Berolini apud Weidmannos MDCCCLXIX. Vgl. Krit. VJSchr. 12 (1870) 143.

[2]) Man vergleiche seine Bemerkungen über die von ihm benutzten Handschriften in der 'Signorum Explicatio' und Krüger, Geschichte der Quellen 438 N. 21. Die Lesarten der benutzten Handschriften werden in dieser Ausgabe (auch in allen folgenden Auflagen) freilich nur in Auswahl wiedergegeben. Seine Kollationen hat Krüger in ein durchschossenes Exemplar der kleinen Schraderschen Ausgabe eingetragen, das jetzt mit dem handschriftlichen Nachlaß auf der Universitätsbibliothek Bonn aufbewahrt wird. Zu einer vollständigen kritischen Ausgabe, wie sie sich Krüger wünschte, ist er nicht gekommen. Vgl. Selbstbiographie 159.

[3]) Vgl. Gradenwitz, Versuch einer Dekomposition des Rubrischen Fragments (SitzBer. d. Heidelberg. Akad. d. Wiss. phil.-hist. Kl. Jahrgang 1915. 9. Abhandlg.), S. 12 ff.

[4]) Vgl. oben S. X N. 6.



Im Herbst des Jahres 1870 erhielt nun Krüger endlich seinen ersten wohlverdienten Ruf, und zwar als außerordentlicher Professor an die Universität Marburg[1]); etwa ein Jahr später, am 9. Oktober 1871, wurde er in Marburg zum Ordinarius ernannt.[2]) Festen Fuß konnte er freilich in Marburg nicht fassen[3]); denn nachdem er sechs Jahre als Privatdozent auf einen Ruf gewartet hatte, folgten nun die Rufe Schlag auf Schlag. Schon im Herbst 1872 erhielt er einen Ruf an die Universität Innsbruck[4]), den er aus finanziellen Gründen glaubte annehmen zu müssen[5]); Versuche der Universität Marburg, ihn zu halten, mißlangen.[6]) Er siedelte sofort nach Innsbruck über und trat mit dem Beginn des Wintersemesters 1872/73 sein neues Amt an. Doch auch Innsbruck war nur ein kurzes Zwischenspiel[7]): im Herbst 1873 wurde er nach Preußen zurückberufen, und zwar nach Königsberg[8]); die Wiener Regierung machte keinen Versuch, ihn zu halten[9]), so zog er im Frühjahr 1874 nach Königsberg.

Noch während seiner Innsbrucker Zeit war nun auch das erste Faszikel der großen Codexausgabe erschienen (1873), prompt folgte in jedem der nächsten Jahre ein

---

[1]) Ministerielle Bestallung nebst Anschreiben vom 25. Novbr. 1870.

[2]) Kgl. Bestallung zum ordentlichen Professor vom 9. Oktober 1871.

[3]) Über einen Konflikt in Marburg mit Ubbelohde siehe Selbstbiographie 164.

[4]) Schreiben des Wiener Unterrichtsministers vom 11. Oktober 1872.

[5]) Selbstbiographie 164. Er nahm am 14. Oktober an: Schreiben des Wiener Unterrichtsministers vom 17. Oktober 1872.

[6]) Selbstbiographie l. c.

[7]) Über die Innsbrucker Zeit siehe (leider nur sehr wenig) Selbstbiographie l. c.

[8]) Kgl. Bestallung zum ordentlichen Professor in Königsberg vom 23. Oktober 1873, Anschreiben des preußischen Unterrichtsministers vom 7. November 1873. Entlassung aus dem österreichischen Staatsdienste: Schreiben des österreichischen Unterrichtsministers vom 14. März 1874.

[9]) Selbstbiographie 165. Die Gründe, die hier für die Haltung der Wiener Regierung angeführt werden, sind schwerlich zutreffend. Sicher unrichtig ist die Angabe: 'so wanderte ich nach vier Semestern wieder nach Preußen zurück'. Krüger war nur drei Semester in Innsbruck.

weiteres Faszikel, bis im Jahre 1877 dieses Hauptwerk Krügers vollendet war; in diesem Jahre wurde auch in der Stereotypausgabe des Corpus iuris die kleine Codexausgabe fertig. Krüger durfte jetzt, nachdem er noch 1874 das schöne Apographum der Veroneser Codexfragmente veröffentlicht hatte, die Arbeit am Codex, die er sich vorgenommen hatte, als getan und abgeschlossen erachten. In der Tat war gewonnen, was durch Kritik und sorgfältiges Ausschöpfen der handschriftlichen Überlieferung gewonnen werden konnte; nur noch für kleine Nachträge blieb Raum.[1]) Die weitere Arbeit am Codex mußte der pragmatischen Forschung, insbesondere der Interpolationenforschung und den auf eine Palingenesie der Kaisererlasse gerichteten Arbeiten überlassen bleiben.[2]) Im Jahre der Vollendung des Codex erschien endlich auch die längst erwartete Ausgabe der Institutionen des Gaius von Krüger und Studemund, im folgenden Jahre (1878) der allein von Krüger besorgte zweite Band der 'Collectio librorum iuris anteiustiniani', der vor allem die Epitome Ulpiani und die sog. Paulussentenzen in neuen Ausgaben vorlegte. Diese Ausgaben vorjustinianischer Rechtsquellen sind freilich keine ganz gleichwertigen Leistungen. Die Gaiusausgabe ist ausgezeichnet, in erster Linie allerdings wegen der Lesungen Studemunds, bei denen aber doch Krüger mitgeholfen hat; trotz der Konkurrenz der Huschkeschen Ausgabe konnte sie bald in neuen Auflagen erscheinen und immer weiter vervollkommnet werden. Was die Ausgabe der Epitome Ulpiani angeht[3]), so war die einzige in Frage kommende (Vatikanische) Handschrift durch Brunns ausgezeichnetes Apographum so gut wie vollständig ausgeschöpft; nach Böckings Ausgabe, die auf diesem Apographum ruhte, konnte Krüger nichts wesentlich Neues bringen, da die Zeit, nicht nur in der Epitome, sondern auch in dem epitomierten Werk eine nachklassische Arbeit

[1]) Vgl. Selbstbiographie 161, 162 und die Addenda in den kleinen Codexausgaben.

[2]) Krüger, KritVJSchr. 47 (1906) 37; SZ. 34 (1913) 6; Rotondi, Scritti giuridici 1, 190 N. 2, 266.

[3]) Zum folgenden vgl. Schulz, Epitome Ulpiani (1926) 4 und 11.

zu erkennen, noch nicht gekommen war. Am wenigsten befriedigt vielleicht die Ausgabe der Paulussentenzen. Die Überlieferungsfrage ist durch die allzu knappen Bemerkungen der Praefatio[1]) keineswegs genügend geklärt, die Interpretatio, die wir so dringend zur rechtsgeschichtlichen Arbeit brauchen, fehlt[2]); der Bestand des Breviars tritt nicht klar und übersichtlich genug hervor[3]), die Systematik des Werkes bleibt dunkel, da der Text fast ausschließlich nach den Breviarrubriken gruppiert und die traditionelle Einordnung der nicht durch das Breviar überlieferten Fragmente beibehalten ist.[4]) Eine Neuausgabe der Sentenzen wird in absehbarer Zeit nicht zu umgehen sein[5]); Krüger selbst hätte sie gegeben, wenn nicht leider der zweite Band der Collectio in der ersten Auflage steckengeblieben wäre.[6]) — Neben allen diesen Ausgaben arbeitete Krüger am Theodosianus weiter; der 'Beitrag zur Kritik des Codex Theodosianus' in der philologischen Festschrift für Mommsen von 1877 und das Apographum der Turiner Fragmente (1880) gibt davon Kunde.

Sieht man von kleineren Arbeiten ab, die das Schriftenverzeichnis angibt, so ist damit die reiche Produktion der beiden Jahrzehnte von 1860 bis 1880 erschöpfend geschildert. Die Hauptschaffensperiode Krügers schließt damit ab.

Im Jahre 1880 verlobte er sich, nun schon ein Vierziger, mit Helene Marquardt in Stettin; am 15. März 1881 wurde die Ehe geschlossen. Es folgten ruhige, glückliche Jahre, auf die Krüger im Alter besonders gern zurückblickte.[7]) Kinder kamen, ein Kreis von treuen Freunden umgaben ihn, unter ihnen Philipp Zorn, Felix Dahn,

---

[1]) Praefatio S. 43.

[2]) Krüger wollte sie ursprünglich auch bei seiner Ausgabe des Theodosianus weglassen; vgl. Mommsens Brief vom 9. Februar 1903 unten S. XXVII.

[3]) So das Urteil Mommsens in seinem Brief vom 10. Oktober 1898 unten S. XXIV.

[4]) Vgl. dazu meinen Aufsatz in dieser Zeitschrift unten S. 39 ff.

[5]) Da auch die Ausgabe von Seckel-Kübler in dieser Hinsicht nicht genügt.

[6]) Vgl. Selbstbiographie 160. [7]) Vgl. Selbstbiographie 165 f.

Ludwig Elster; in der Universität war er angesehen und geschätzt; 1883 wurde er Rektor.[1] Gleichwohl wollte er nicht bis an sein Lebensende in Königsberg bleiben und äußerte darum wohl auch gelegentlich zu Althoff, dessen Freund er durch Studemund geworden war[2]), es behage ihm in Königsberg nicht.[3]) Als ihm aber Althoff, der nun Universitätsreferent im preußischen Unterrichtsministerium geworden war, anbot, mit Baron in Greifswald zu tauschen, konnte er sich doch nicht zur Annahme entschließen.[4]) Versuche Althoffs, ihn nach Göttingen oder Halle zu bringen, scheiterten an den dortigen Fakultäten[5]); auch eine Berufung nach Breslau, die Studemund zu vermitteln suchte, gelang nicht.

Seine wissenschaftliche Forschungsarbeit hat Krüger in diesen Jahren (1880—1888) unermüdlich fortgesetzt, die längst geplante Ausgabe des Codex Theodosianus aber behandelte er dilatorisch. Es ist begreiflich, daß er nach der Fertigstellung des Codex Justinianus seine Kräfte nicht sogleich wieder auf eine neue große Edition konzentrieren wollte, vor allem aber fehlte es ihm an Geld, um die Studienreisen zu unternehmen, die er für die Fertigstellung der Ausgabe für erforderlich hielt.[6]) So arbeitete er am Theodosianus gemächlich fort und widmete seine Hauptkraft einem neuen Werke, das er 1879 für Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft zu schreiben übernommen hatte[7]), der 'Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts'. Mit diesem Werk, das 1888 erschien, schließt die Königsberger Periode ab. Wie seine Ausgaben, so ist auch dieses Buch alsbald zum unentbehrlichen Handwerkszeug für jede romanistische Arbeit geworden; in der Tat war es ein ungemein nützliches, kenntnisreich und zuverlässig gearbeitetes Nachschlagewerk. Wer freilich von einem

---

[1]) Formell: Prorektor. [2]) Selbstbiographie 163.

[3]) Das schreibt Althoff in seinen Briefen vom 16. und 19. November 1882.

[4]) Vgl. die beiden eben angeführten Briefe Althoffs.

[5]) Schreiben Althoffs an Krüger vom 10., 15. und 18. Juli 1885.

[6]) Vgl. Krüger, SZ. 26 (1905) 318.

[7]) Verlagsvertrag vom 16. Oktober 1879.

Werk über Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts mehr erwartete, wurde enttäuscht. Das Interessante auch interessant zu schildern, das Großartige auch unter großen Gesichtspunkten zu schauen und darzustellen, war Krügers Sache nicht. Die mannigfachen interessanten Probleme, die die Überlieferungsgeschichte der römischen Rechtsquellen bietet, Probleme, in denen Krüger wie keiner zu Hause war, werden in seinem Buche recht wenig interessant und anschaulich dargestellt; die großartige Erscheinung der römischen Jurisprudenz wird mit einer eigentümlich trockenen Nüchternheit behandelt, literaturgeschichtliche Einzelfragen stehen im Vordergrunde.[1]) Doch darf man nicht vergessen, daß in der Zeit der achtziger Jahre, der die Interpolationenforschung unbekannt war, es noch gar nicht möglich war, das Wesen der klassischen und byzantinischen Rechtswissenschaft zu erkennen; und so war Krüger im Recht, wenn er nur das Erreichbare erstrebte. Der Erfolg des Buches war groß und verdient[2]); 1912 konnte es in zweiter Auflage erscheinen; bis zum heutigen Tage ist es noch durch kein anderes Werk vom Arbeitstisch des Romanisten verdrängt worden.

Im Juli 1888 wurde Krüger nach Bonn berufen als Nachfolger des nach München abwandernden Bechmann.[3]) Die Bonner Fakultät wollte freilich zunächst Wlassak (damals noch in Breslau) gewinnen; das gelang indessen nicht.[4]) Als der Ruf bei Krüger eintraf[5]), hatte dieser freilich doch

---

[1]) Man halte daneben Ausführungen Jherings über die Römische Jurisprudenz oder die Römische Rechtswissenschaft der Republik von Joers, die in demselben Jahre (1888) erschien.

[2]) Nach Landsberg, Gesch. d. deutschen RechtsW. 3, 2 Notenband S. 370 erschien das Werk 1894 auch in französischer Bearbeitung.

[3]) Selbstbiographie 166 bezeichnet sich Krüger als Nachfolger Stintzings, der Sache nach mit Recht. Formell betrachtet aber war auf Stintzings Lehrstuhl († 1883) Zitelmann berufen worden.

[4]) Die Einzelheiten dieser Angelegenheit kann ich hier nicht schildern.

[5]) Schreiben Althoffs vom 4. Juli 1888: 'Hochgeehrter Freund! Wlassak bleibt in Breslau. Also machen Sie sich für Bonn fertig. Näheres werde ich Ihnen von dort aus in etwa 8 Tagen mitteilen. Mit bestem Gruße Ihr ergebenster Althoff.'

wieder Bedenken, Königsberg zu verlassen. Aber Althoff, der sich schon so viel um ihn bemüht hatte, schrieb ihm nun die folgende ärgerliche und einigermaßen drohende Karte[1]):

Ihr werter Brief gibt mir zu einer weiteren Bemerkung Anlaß: wenn irgendein Ort Ihnen näher rückt, sehen Sie nur noch die Schattenseiten. So war es zunächst mit Breslau, wo Ihnen Ihr Verhältnis zu Studemund Bedenken erregte, und so ist es nach Ihrem werten Briefe jetzt mit Bonn. Das scheint es mir fraglich zu machen, ob Sie nicht besser daran tun werden, von einer Versetzung abzusehen und in Königsberg zu bleiben. Ich bitte Sie, das noch einmal zu überlegen und mir Ihre Antwort telegraphisch nach Bonn Goldener Stern mitzuteilen. Mit bestem Gruß Ihr

F. Althoff.

Krüger erklärte daraufhin telegraphisch seine Annahme. Althoff hatte sich nach Bonn begeben, um die ganze Angelegenheit rasch zu erledigen. 'Hier habe ich', schrieb er am 12. Juli 1888[2]) an Krüger, 'bereits dem Dekan Endemann und unserm verehrten Hälschner Ihre Versetzung mitgeteilt und ich zweifle nach deren Äußerungen nicht, daß Sie hier ganz willkommen sein werden.' 'Ganz willkommen': Althoffs Formel war durchaus zutreffend.

Mit dem Beginn des Wintersemesters 1888 trat Krüger sein Bonner Lehramt an[3]), bald aber zeigte es sich, daß seine Bedenken gegen die Übersiedelung nach Bonn nicht unbegründet gewesen waren. Von kleineren Schwierigkeiten abgesehen, war es vor allem eins: es war für Krüger nicht leicht, neben Zitelmann in derselben Fakultät zu leben. Die beiden Männer waren zu große Gegensätze, als daß sie sich hätten verstehen und gerecht beurteilen können, und Zitelmann war Krüger im Fakultäts- und allgemeinen Universitätsleben entschieden überlegen, mochte Krüger auch der größere Gelehrte sein. Namentlich auch als akademischer Lehrer war Krüger der Konkurrenz Zitelmanns nicht gewachsen. Krügers Dozierkunst war bescheiden, so sorgfältig er seine Vorlesungen vorbereitete. Nun trat er in Bonn neben Zitelmann, der gerade als

---

[1]) Undatiert. [2]) Nach Empfang von Krügers Telegramm.

[3]) Schreiben des Preußischen Unterrichtsministers vom 14. Juli 1888.

Dozent Hervorragendes leistete und den widerstrebendsten Studenten in seinen Hörsaal zu ziehen verstand! Wohl mag Krüger anfangs noch manchmal erwogen haben, Bonn wieder zu verlassen; Althoff wußte das und bot ihm noch einmal im Frühjahr 1890 an, mit Wlassak in Breslau zu tauschen. Aber Krüger hatte damals gerade sein Haus in Bonn gekauft und lehnte ab.[1]) Er blieb nun in Bonn bis an sein Ende. Er fand auch hier seinen Kreis und lebte sich ein, aber eine Stellung wie in Königsberg konnte er in Bonn doch nicht erringen.[2])

Wissenschaftlich ist die erste Bonner Periode, etwa von 1888 bis zum Tode Mommsens (1903), nicht besonders ergiebig gewesen. Unproduktiv oder untätig war Krüger freilich in keiner Periode seines Lebens; aber was er in diesen Jahren veröffentlichte, waren doch nur kleinere Arbeiten, Rezensionen und Neuauflagen älterer Bücher. Am Codex Theodosianus arbeitete er weiter, aber offenbar in recht bedächtigem Tempo. Als 1896 das neue Bürgerliche Gesetzbuch fertig war, trat leider auch an ihn die Notwendigkeit heran, sich in das neue Gesetzbuch einzuarbeiten.[3]) Zudem griff nun im Jahre 1898 Mommsen noch einmal in Krügers Leben ein, und zwar in einer für diesen geradezu tragischen Weise: Mommsen riß den Theodosianus an sich, dem Krüger schon so langjährige Arbeit gewidmet hatte. Krüger hat diese Angelegenheit in seiner Selbstbiographie in einer so wenig deutlichen Art dargestellt[4]), daß hier darüber etwas ausführlicher gesprochen werden muß. Der Sachverhalt ist vollkommen klar. Es entspricht sicher den Tatsachen, was Mommsen am 12. Februar 1903 an Krüger schrieb:

> Ich habe früher niemals an eine Ausgabe des Theodosianus gedacht, bestimmt hat mich dazu — neben dem steigenden Zweifel,

---

[1]) Brief Althoffs v. 6. April 1890; Brief Elsters v. 15. März 1890.

[2]) Selbstbiographie S. 166f. wahrt über die Bonner Zeit ein beredtes Schweigen; nur von den Beziehungen zum Oberlandesgericht Köln ist die Rede.

[3]) Vgl. Krüger, SZ. 26 (1905) 319.

[4]) Selbstbiographie 155ff. Besser ist der Bericht SZ. 26 (1905) S. 318—320.

ob Sie dazu kommen würden — vor einigen Jahren, nachdem ich die Vorlesungen aufgegeben und das Strafrecht abgeschlossen hatte, der Mangel einer andern größeren Arbeit.

Diese 'Arbeitslosigkeit' Mommsens trat im Herbst 1898 ein, und am 27. September dieses Jahres schrieb Mommsen an Krüger folgende Postkarte:

Sie verpflichten mich, wenn Sie mir kurz angeben wollten, welche handschriftlichen Arbeiten nach Ihrer Meinung für den Theodosianus nebst den davon nicht zu trennenden Novellen auszuführen sein würden. Die Turiner Blätter können ja wohl als erledigt gelten; welche Vorarbeiten aber haben Sie sonst ausgeführt? Auf die turba der Breviarhandschriften brauchen Sie die Antwort nicht zu erstrecken; das würde zur Zeit zu weit führen und ist auch m. E. nicht der eigentlich schwierige Teil der Arbeit.

Mommsen.

Krüger hat später in seiner Selbstbiographie erklärt[1]), diese Karte Mommsens habe ihn 'überrascht, weil sie so klang, als wüßte er von meiner Absicht nichts, den Theodosianus zu bearbeiten und herauszugeben'. Aber der Leser der Selbstbiographie ist seinerseits über diese Bemerkung Krügers überrascht. Mommsen war es selbstverständlich bekannt, daß Krüger am Theodosianus arbeitete. Aber Krüger saß seit über zwanzig Jahren an dieser Ausgabe; Mommsen glaubte, daß Krüger mit seiner Arbeit nicht recht vorwärts käme, er wollte die Ausgabe nun seinerseits organisieren und fragte daher begreiflicherweise vorher an, wie weit Krüger sei.[2]) Krüger berichtete umgehend, und Mommsen erwiderte ihm am 8. Oktober:

Lieber Krüger!

Besten Dank für Ihre Auskunft; ich glaubte nicht, daß Ihre Vorarbeiten schon so umfänglich seien. Nun gestatten Sie mir aber die Frage, ob Sie einverstanden sein würden, wenn ich versuche, die doch immer noch sehr weitläufige Durchführung der Arbeit auf mich, vorbehaltlich eines dritten Sozius zu übernehmen. Selbstverständlich ist dabei, daß Sie als Mitherausgeber genannt und daß Sie befragt würden, ob der weiter zuzuziehende Mitarbeiter (zur Zeit habe ich keine bestimmte Person im Sinn) Ihnen genehm sei. In pekuniärer Hinsicht mache ich keinen Anspruch und könnte, was etwa bei der Ausgabe der Art herauskommt, zwischen den sonst Beteiligten geteilt

---

[1]) Selbstbiographie 155, 156.

[2]) Man kann höchstens sagen, daß die Karte etwas lakonisch war.

werden. Das ist, wie Sie sehen, alles noch recht blaß; ich frage aber schon jetzt, denn wenn Sie die Arbeit nicht abgeben wollen, ist die Sache damit für mich zu Ende, noch ehe sie angefangen ist.

Krüger hat später (1905) in seiner Besprechung der Mommsenschen Ausgabe in der Savigny-Zeitschrift erklärt[1]): 'Mit Freuden ging ich auf diesen Vorschlag ein und übergab ihm die ganzen Vorarbeiten.' In Wahrheit war Krüger durch Mommsens Vorschlag alles andere als erfreut. Er war 58 Jahre alt, in voller Frische und durfte mit Recht annehmen, in absehbarer Zeit mit der Ausgabe zu Ende zu kommen.[2]) Jetzt sollte er seine umfänglichen Vorarbeiten ausliefern, damit ein anderer — und sei es gleich ein Mommsen! — die Ausgabe machte. Der Entschluß ist ihm durchaus nicht leicht gefallen. Er sagte auch keineswegs sofort zu, wie sich aus den folgenden Briefen Mommsens ergibt, äußerte sich vielmehr zunächst nur über einen zu vereinbarenden Arbeitsplan. Mommsen erwiderte am 10. Oktober:

Lieber Herr Professor!

Auf Ihren Brief lassen Sie mich zunächst desultorisch antworten; einen eigentlichen Plan zu entwerfen ist es noch zu früh, aber was ich schreibe, kann Ihnen dabei nützlich sein . . . .

Die im justinianischen Codex und in den Breviar-Anhängen enthaltenen nachdiokletianischen Verordnungen würde ich vorschlagen nicht konjektural einzureihen, wenigstens nicht, wo der Platz zweifelhaft ist, sondern als Extravaganten dem Corpus anzuschließen.[3]) Ob dies auf die nicht zahlreichen Erlasse aus dieser Epoche überhaupt zu erstrecken ist, wäre zu überlegen. Aber wichtig scheint mir, die gesicherte Folge nicht durch oft recht zweifelhafte Einschaltungen zu unterbrechen. Auch müßte überhaupt das Breviar in seinem Umfang scharf hervortreten, was ja nicht schwer zu erreichen ist. Ich habe das bei Ihrem Paulus öfter vermißt[4]) . . . .

Eine Hauptfrage für mich ist es, was Sie von der Arbeit ausführen und wie bald Sie darangehen können. Mein Strafrecht ist fertig; der Druck wird freilich wohl den Winter größtenteils in Anspruch nehmen. Sonst aber bin ich arbeitfrei. In meinem Alter kann ich

---

[1]) SZ. 26 (1905) 319.

[2]) Wenn auch nicht so schnell wie Mommsen, da Krüger durch seine Vorlesungen, namentlich durch die Vorbereitung auf die BGB.-Vorlesungen in Anspruch genommen war.

[3]) Damit war ein wichtiges Stück des Krügerschen Plans abgelehnt.

[4]) Vgl. oben S. XVIII.



nur Pläne machen von heute auf morgen; die Nacht, da niemand wirken kann, ist unter allen Umständen nicht fern. Ihre Verpflichtungen kenne ich; diese hauptsächlich haben mich zu dem Vorschlag bestimmt, einen Dritten hinzuzuziehen . . . .

Auch in der Antwort auf diesen Brief Mommsens hat Krüger noch nicht seine Abtretungserklärung gegeben, denn in seinem Brief vom 12. Oktober fordert Mommsen in ultimativer Form Krüger nochmals auf, sich zu entscheiden, ob er seine Vorarbeiten abgeben wolle oder nicht.

. . . Was den Theodosianus angeht, so bat ich Sie und wiederhole dies, mir nichts herzuschicken, bis wir einig sind, das heißt, bis Sie mir bestimmt angeben können, daß Sie die Vorarbeiten an mich abgeben wollen zur Ergänzung und zur Publikation. Ich könnte dies überhaupt nur annehmen, wenn ich alsdann darüber freie Hand erhalte und die Ausgabe so einrichten kann, wie es mir zweckmäßig scheint. Die Stellung als Mitherausgeber und die stetige Kenntnisnahme der Arbeit würde selbstverständlich Ihnen bleiben; aber schließlich muß einer die Entscheidung geben. Wollen Sie sich auf eine solche Zession nicht einlassen, so begreife ich das vollkommen und werde Ihnen das in keiner Weise verübeln; aber das Verhältnis muß von vornherein klar sein, sonst gibt es Irrung und Wirrung . . .

Nach diesem Briefe blieb Krüger wohl nicht viel anderes übrig, als die schmerzliche Zession vorzunehmen. Den großen Meister abzuweisen, dem er so viel verdankte, und der nach einer wissenschaftlichen Produktion ohnegleichen auch im 81. Lebensjahre noch nicht rasten wollte, das schien ihm unmöglich. Er willigte ein. Mommsen erwiderte sofort am 14. Oktober:

Lieber Freund!

Iacta alea est. Ich will versuchen, die Sache zu Ende zu führen. Schicken Sie mir was Sie haben. Jedoch muß ich den Vorbehalt machen, daß ich, was Sie mir schicken, wieder an Sie zurückgeben kann, wenn ich vor Neujahr zu der Überzeugung komme, mehr übernommen zu haben, als ich zu leisten vermag.

Der Würfel war in der Tat gefallen. Mommsen machte die Ausgabe, und zwar mit bewundernswürdiger Umsicht und Schnelligkeit. Von einer Arbeitsgemeinschaft mit Krüger konnte natürlich nach dem voraufgegangenen Briefwechsel gar keine Rede sein; Krüger war nicht mehr der Amanuensis aus der Zeit der Digestenausgabe, der einfach den Weisungen Mommsens folgen konnte, war er

auch nicht in Berlin und durch Amtsgeschäfte gebunden. Einige Briefe wurden noch gewechselt, gelegentliche Besprechungen fanden statt, das war alles. Am 6. Februar 1903 konnte ihm Mommsen den bevorstehenden Abschluß des Werks mitteilen:

Lieber Kollege!

Mein oder vielmehr unser Theodosianus geht zu Ende; der Satz des Textes ist bis l. 16 vorgedrungen, die prolegomena sind im Satz. Ich möchte nun von Ihnen wissen, wie der Titel arrangiert werden soll, und der auf Sie bezügliche Abschnitt der Vorrede.

Ihre Beteiligung, soweit die Ausgabe auf derselben ruht, beschränkt sich wesentlich auf die beiden Palimpseste, die ich lediglich nach Ihrem Abdruck des einen und der Abschrift des andern gebe. Ihre übrigen Vorarbeiten, die Kollation von RNL, sowie die Schöllsche des Vaticanus sind natürlich auch benutzt worden; aber die Parisini habe ich selbst nachverglichen, den Vaticanus an den Korrekturbogen zum Teil auch nach Photographien in allen Einzelheiten nachprüfen lassen und selber nachgeprüft.

So ist die Sachlage. Mir wäre es am liebsten, Sie gäben mir kurz an, wie sich danach Titel und Vorrede gestalten sollen. Ganz leicht ist die Sache nicht. Wie wir die Digesten titulierten, das wird Ihnen jetzt schwerlich passen. Als eigentlichen Mitherausgeber kann ich Sie nicht wohl bezeichnen, da Sie bei der Herstellung des Apparats nicht beteiligt und dafür nicht verantwortlich sind. Eine Schlußnotiz der Vorrede ist eigentlich zu wenig; wer kümmert sich um dergleichen? Ich bin zu jeder Form bereit, die Ihnen recht ist . . . .[1])

Auf diesen Brief muß Krüger einigermaßen bitter geantwortet haben; er klagte, seine Vorarbeiten umsonst gemacht und bedauerte, auf sie soviel Arbeit verwandt zu

---

[1]) Krüger, SZ. 26, 320 schreibt, nachdem er den Inhalt dieses Briefes kurz berichtet hatte, folgendes: 'Unter diesen Umständen trat ich von der Ausgabe zurück. Nach Einsichtnahme in die Ausgabe habe ich mich überzeugt, daß die Lösung der Gemeinschaft schon um deswillen geboten war, weil Mommsen in vielen wichtigen Fragen zu Ergebnissen gelangt war, von deren Richtigkeit ich mich nicht überzeugen kann; und auch hinsichtlich der handschriftlichen Überlieferung ist Mommsen zu Angaben geführt worden, deren Vertretung er mir nicht zumuten konnte.' Diese Sätze Krügers sind recht wenig glücklich. Krüger ist nicht 1903, sondern 1898 von der Ausgabe zurückgetreten; Mommsen würde ohne Krügers Rücktritt die Arbeit überhaupt nicht angefangen haben: das zeigen seine Briefe ganz deutlich. Niemals hat auch Mommsen Krüger zugemutet, seine (Mommsens) Ausgabe mit zu 'vertreten'.



aben. Das ergibt Mommsens begütigender Brief vom . Februar:

Lieber Kollege!

Daß Ihre Arbeit eine verlorene gewesen ist, trifft nicht zu. Ich habe Ihre Kollationen zunächst in das Druckexemplar auf eingelegte Blätter eintragen lassen, die natürlich kollationiert werden mußten; daß dies bei NL an den Handschriften selbst geschah, nicht an Ihren Notaten, werden Sie natürlich finden, um so mehr, als bei Ihnen die interpretatio ausgeschlossen worden war. Die Pariser Handschrift VI—VIII selbst zu vergleichen, gebot die große Schwierigkeit des zerstörten Randes; natürlich lag auch hier Ihre Kollation zugrunde. Daß ich endlich den Vat. IX—XVI in den Druckbogen selbst (denen selbstverständlich Schölls und Ihre Kollation zugrunde lag) noch einmal am Msc. habe nachvergleichen lassen, billigen Sie gewiß.

In welcher Weise die Sachlage dem Publikum vorgeführt werden soll, darüber kann ich mich mit Ihrem Appell an mein Ermessen nicht zufrieden geben. Als Mitherausgeber Sie zu nennen widerspricht den Tatsachen und sicherlich auch Ihrem eigenen Willen. Die bei den Digesten für einen jungen Gehilfen angemessene Formel scheint mir heute nicht zu passen; soll ich statt deren etwa setzen adsumpto apparatu Krügeriano oder wie Sie dies formulieren wollen, so bin ich gern einverstanden. Wünschen Sie eine solche Titelform nicht, so bleibt nichts anderes übrig, als am Schluß der Vorrede eine Exposition des Tatbestandes, wie ich ihn vorher kurz angedeutet habe. Daß ich die Arbeit übernommen habe, kann ich insofern nicht bereuen, weil die Ausführung derselben durch Sie, nach Ihren damaligen und Ihren jetzigen Äußerungen, doch wenig gesichert war und die Arbeit einmal gemacht werden mußte. Aber das Bedauern, Ihnen sozusagen ins Gehege gekommen zu sein, kann ich auch nicht loswerden.

Dann starb Mommsen, der Theodosianus erschien (1905)[1], Krüger besprach die neue Ausgabe in der Savigny-Zeitschrift[2]: damit schien das kleine Drama sein Ende erreicht zu haben. Ich habe die Briefe Mommsens ausführlich mitgeteilt, einmal weil sich aus ihnen der genaue

---

[1]) Leider ohne daß über die von Krüger zur Verfügung gestellten Materialien etwas auf dem Titelblatt oder am Schluß der Praefatio gesagt war. Ein peinliches Versehen, aber doch nur ein Versehen. Mommsen schrieb im Anschluß an die oben im Text mitgeteilten Briefe am 12. Februar 1903: 'Also es bleibt bei der vorgeschlagenen Formel, welche am Schluß meiner Prolegomena die weitere Erledigung findet.' Mommsen wollte also auf dem Titelblatt bemerken: 'adsumpto apparatu Kruegeriano' und das am Schluß der Prolegomena näher erläutern.

[2]) SZ. 26 (1905) 316 ff. Vgl. auch Krit. VJSchr. 47 (3. F. 11) S. 36 ff.

Anteil Krügers an Mommsens Ausgabe ergibt, sodann, weil sie über den ganzen Sachverhalt vollkommene Klarheit schaffen. Man wird Mommsen zugestehen müssen, daß er in der ganzen Angelegenheit von Anfang bis zum Ende vollkommen tadellos und loyal gehandelt hat. Aber Krüger geriet doch durch Mommsens Eingreifen in einen tragischen Konflikt, und auch nachdem er sich zum Verzicht entschlossen hatte, blieb ihm das bittere Gefühl, von Mommsen um die Früchte langer Arbeit gebracht worden zu sein, um einen großen Erfolg, der ihm, wie er meinte, gar nicht mehr entgehen konnte; dieses Gefühl wurde er bis an sein Lebensende nicht mehr los. —

Mit der Rezension der Mommsenschen Theodosianusausgabe darf man die erste Bonner Periode Krügers abschließen. Die Arbeit am Theodosianus war nun, wie es schien für immer, beiseitegelegt; Krüger war jetzt frei für andere Arbeiten. Einige feine Beiträge für verschiedene Festschriften wurden fertiggemacht (Bekker 1907, Güterbock 1910, Girard 1912), die 2. Auflage der Geschichte der Quellen (1912) wurde vorbereitet; vor allem aber wurde nun die kleine Digestenausgabe wesentlich verbessert, die Krüger nach Mommsens Tode übernommen hatte. Die neue Ausgabe, die 1908 erschien, brachte zunächst neu die Angabe der Seitenzahlen der großen Digestenausgabe, die man zur Benutzung des Vocabularium Jurisprudentiae Romanae brauchte. Vor allem aber waren hier zum ersten Male in einer großen Anzahl von Stellen die nachklassischen Bestandteile als solche gekennzeichnet. 'Quod ad interpolationes primariae scripturae ab Iustinianis illatas attinet', schrieb Krüger damals in seinem Vorwort, 'Mommsen ab his indicandis fere abstinuit. cum tamen hodie iuris Romani studium in eo potissimum vertatur, ut veterum iureconsultorum doctrina et Iustinianae innovationes quantum fieri possit distineantur, idque studium iam eo provectum sit, ut interpolationum indicia magna ex parte detecta sint, lectores de his monere ab editoris Digestorum munere haud alienum putavi . . . eodem modo glossemata in contextum recepta distincta sunt, licet de his saepissime non constet, utrum Iustinianis debeantur an libris ab Iusti-

nianis adhibitis iam inhaeserint.' Gewiß irrte Krüger, wenn er meinte, die Interpolationenforschung sei schon so weit vorgeschritten, ut interpolationum indicia magna ex parte detecta sint: die moderne radikale Periode der Interpolationenforschung brach ja gerade erst an. Von nicht geringer Bedeutung aber war es, daß Krüger seine große Autorität für die Interpolationenforschung in die Wagschale warf, sie geradezu für den Kern der modernen Romanistik erklärte und ihre bisherigen Ergebnisse durch die Hinweise in seiner Ausgabe weithin zur Kenntnis brachte. So weit war die Interpolationenforschung damals allerdings schon gediehen, daß es schwierig wurde, ihre Literatur zu übersehen und zu ihrer raschen und prompten Ausnutzung ein Index erforderlich wurde. Die Redaktion der Savigny-Zeitschrift hatte die Herstellung eines solchen Index schon längst erwogen, trat aber mit ihrem Plan erst ein Jahr später (1909) vor die Öffentlichkeit.[1]) Dieser Plan ging indes auf vollständige Erfassung aller Interpolationsbehauptungen (woran Krüger nicht denken konnte), war aber deshalb erst in geraumer Zeit zu verwirklichen: stehen wir doch heute erst vor der Drucklegung des ersten Heftes. Krügers Ziel war bescheidener. Er wollte auf die Interpolationsbehauptungen aufmerksam machen, die er gelesen hatte und die ihm plausibel schienen[2]): ein bescheideneres aber dafür rasch erreichbares Ziel, und hier galt wirklich wieder einmal der Satz, daß der doppelt gibt, der schnell gibt. Freilich verfuhr Krüger nicht gerade praktisch. Statt in einem Anhang die Interpolationsbehauptungen mit genauer Angabe der Literatur zu notieren, trug er sie im Text ein und nannte in den Fußnoten nur den Namen des Autors, der die Interpolation behauptet hatte. An diesem System hielt Krüger auch noch in der zwölften Auflage (1911) fest, wenn auch hier schon zwei Anhänge mit Nachträgen angefügt waren. Wie mit den Digesten verfuhr Krüger (1908 und 1911) mit den Institutionen; in der Codexausgabe von 1915 ist in den Fußnoten nur auf den

[1]) SZ. 30 (1909) S. V.

[2]) Krüger, Geschichte der Quellen 438 N. 19; Bonner Festgabe f. Bergbohm (1919) S. 11; Selbstbiographie 10.

Anhang verwiesen, in dem unter andern Nachträgen auch Interpolationsbehauptungen verzeichnet sind: gleichfalls nur mit Angabe des Autors ohne Anführung der Schrift. Erst in der dreizehnten Auflage des ersten Bandes der Stereotypausgabe des Corpus iuris (1920) gab Krüger dieses unpraktische Verfahren auf; in ausführlichen Supplementa adnotationum, die er später noch ergänzte, gab er nun die genauen Literaturzitate. Schon die Ausgaben von 1908, 1911 und 1915, erst recht natürlich die Ausgaben von 1920 mit ihren Ergänzungen[1]) haben die romanistische Forschung ungemein gefördert, und es wird keinen Romanisten geben, der sie nicht dankbaren Herzens benutzt hätte.[2]) Bewundernswert war auch hier wieder Krügers Fleiß und Belesenheit, bewundernswert aber vor allem seine geistige Frische und Beweglichkeit, die ihn die neue Interpolationenforschung verständnisvoll verfolgen ließ, während mancher Jüngere sich nicht entschließen konnte, ihr näherzutreten oder gar glaubte, bei der gemeinrechtlichen Harmonistik stehenbleiben zu dürfen.

Dann regte sich doch wieder der Theodosianus. Das Buch, das ihn beinahe sein ganzes wissenschaftliches Leben hindurch beschäftigt und das er nach dem Erscheinen der Ausgabe Mommsens zunächst beiseitegelegt hatte, ließ ihm doch keine Ruhe. Im Jahre 1913, nach dem Abschluß der zweiten Auflage der Geschichte der Quellen 1912, erschien der erste und zweite seiner 'Beiträge zum Codex Theodosianus', die er nach und nach in der Savigny-Zeitschrift veröffentlichte (im ganzen zehn). Anfangs rechnete er wohl noch nicht ernstlich mit einer eigenen neuen Ausgabe. Als aber nach seinem Scheiden aus dem Amte[3]) im Frühjahr 1920 Josef Partsch, der verständnisvolle

---

[1]) Für die Institutionen noch in der Oktavausgabe von 1921 (editio quarta).

[2]) Die klassische Geschlossenheit der Mommsenschen Digestenausgabe ist freilich durch diese Zutaten zerstört worden.

[3]) Krüger hatte schon am 12. Januar 1917 um Enthebung von seinen amtlichen Pflichten gebeten, doch wurde seinem Gesuch erst zum 1. Oktober 1919 stattgegeben. Kuratorialschreiben vom 20. März 1917, Schreiben des preußischen Unterrichtsministers vom 16. September 1919.

Förderer so vieler wissenschaftlicher Unternehmungen, in Bonn erschien, gewann der Plan einer neuen Ausgabe bald feste Gestalt. Partsch vermittelte eine Druckunterstützung der Notgemeinschaft, im Herbst 1921 begann der Druck, 1923 erschien das erste Faszikel (Buch 1—6), 1926 das zweite (Buch 7 und 8). Mühsam wurden die letzten Korekturbogen erledigt. Es war zu spät geworden. Zehn, ja noch fünf Jahre früher hätte Krüger seine Ausgabe mit geringer Mühe herausbringen können. Nun hatten sein hohes Alter, vor allem aber die Leiden der Kriegs- und Nachkriegszeit und schweres familiäres Unglück (der letzte seiner vier Söhne kehrte schwerleidend aus der Kriegsgefangenschaft in Sibirien zurück) auch seine Kraft gebrochen; namentlich versagte häufig das Gedächtnis seinen Dienst.[1]) Den Schwierigkeiten, die die Drucklegung eines solchen Werkes naturgemäß bietet, war er nicht mehr vollkommen gewachsen, Mitarbeiter hatte er nicht zugezogen: er war kein Mommsen, der der Nacht, da niemand wirken kann, entschlossen ins Auge sah und rechtzeitig Gehilfen zuzog, die ihn unterstützen und das angefangene Werk vollenden konnten. So blieb Krügers Ausgabe ein Torso[2]), und selbst das, was fertig geworden ist, steht nicht ganz auf der Höhe seiner früheren Ausgaben.[3]) Gleichwohl führt seine Ausgabe in zahlreichen Einzelheiten, vor allem aber durch die Einschaltung der nur durch den Codex Justinianus überlieferten Konstitutionen über Mommsen hinaus.

Nach dem Abschluß des Druckes des zweiten Faszikels waren Krüger noch einige stille ruhige Wochen beschieden. Den Abzug der französischen Besatzung aus Bonn (1. Februar 1926) durfte er noch erleben; er konnte auch noch an der akademischen Befreiungsfeier teilnehmen. Dann führte eine leichte Frühjahrserkältung rasch zu einem sanf-

---

[1]) Freilich wechselte der Kräftezustand. In einer schlimmen Zeit ist die Selbstbiographie (oben S. IX N. 2) geschrieben.

[2]) Das im handschriftlichen Nachlaß befindliche Druckmanuskript für Buch 9—16 ist unvollständig, der Anfang des 9. Buches fehlt. Krüger hat das Stück verloren.

[3]) Vgl. Kübler, Philologische Wochenschrift 1924 Sp. 451 ff., dessen Ausführungen Sp. 462 unten freilich verfehlt sind.



ten Ende. Er ruht auf dem Poppelsdorfer Friedhofe auf dem Kreuzberg neben seinen drei Söhnen. Sein Grab schmückt die (1912 von A. Küppers angefertigte) schöne Porträtplakette, die seine feinen, stillen Züge treu wiedergibt. Wäre es heute noch wie im Mittelalter üblich, auf dem Grabstein des Gelehrten seine Verdienste zu verzeichnen, so hätte man auf seinen Grabstein das Elogium setzen können, das die Berliner juristische Fakultät in dem erneuerten Doktordiplom am 9. März 1911 schrieb:

Qui vir morum candore clarus et iureconsulti et philologi eruditione celsus historiam fontium iuris Romani et iureconsultorum Romanorum diligentissime scribendo libros iuris et Justiniani et Antejustiniani accuratissime edendo sagaciter emendando quaestiones iuris ordinisque iudiciorum acutissime discutiendo egregie de iuris scientia meritus est.

So wird Paul Krüger in unsrer Wissenschaft fortleben in treuer und dankbarer Erinnerung.

Bonn. Fritz Schulz.

Chronologisches Verzeichnis der Schriften Paul Krügers.

1861	1	De temporum computatione Romanorum. Berliner Doktordissertation 1861.
1863	2	Keller, Der römische Zivilprozeß. 3. Ausg. von Paul Krüger. Leipzig 1863.
1864	3	Prozessualische Konsumption und Rechtskraft des Erkenntnisses. Leipzig 1864.
1867	4	Iustiniani Institutiones (Oktavausgabe). Berlin 1867.
„	5	Kritik des Justinianischen Codex. Berlin 1867.
„	6	Die Turiner Institutionenglosse. Z. f. RG. 7 (1. Heft 1867) 44 ff.
1868	7	Fragmentum de iure fisci. Leipzig 1868.
„	8	Bemerkungen zu v. Bethmann-Hollwegs Zivilprozeß des gemeinen Rechts. Z. f. RG. 7 (2. Heft 1868) 208 ff.
„	9	Über die Epitome und die Subskriptionen im vierten Buch des justinianischen Codex. Z. f. RG. 8 (1. Heft 1868) 1 ff.
1869	10	Corpus iuris civilis. Editio stereotypa. I. II. Institutiones recognovit Paulus Krueger. Digestorum liber I—XXIV recognovit Theodorus Mommsen. Berlin 1869.
1870	11	Kritische Versuche im Gebiete des römischen Rechts. Berlin 1870.
„	12	Über eine neue Bearbeitung des Nomocanon in 14 Titeln. Z. f. RG. 9 (2. Heft 1870) 185 ff.
„	13	Anecdoton Livianum. Hermes 4 (1870) 371. Vgl. Mommsen, Ges. Schriften 7 (Philolog. Schr.) 163.
„	14	Carmen Codicis Parisini 8084. Hermes 4 (1870) 350 ff. = Mommsen l. c. 485 ff.
„	15	Ciceroniana (Turiner Fragmente zu Ciceros epistulae). Hermes 5 (Heft 1 1870) 146.
1871	16	Keller, Der römische Zivilprozeß. 4. Ausg. von Paul Krüger. Leipzig 1871.
1872	17	Indices constitutionum Codicis Iustiniani. Marburger Programm 1872.
1873	18	Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians. Z. f. RG. 11 (2. Heft 1873) 166 ff.
„	19	Codex Iustinianus (Große Codexausgabe) Fasc. 1 (Lib. I. II). Berlin 1873.
„	20	Beitrag zu Mommsen-Studemund, Analecta Liviana (Leipzig 1873). Vgl. Mommsen, Ges. Schr. 7, 147 ff.
1874	21	Codicis Iustiniani fragmenta Veronensia. Berlin 1874.
„	22	Codex Iustinianus (Große Codexausgabe). Fasc. II (Lib. III—V). Berlin 1874.

1874	23	Kleine Codexausgabe (Fasc. VI der Stereotypausgabe des Corpus iuris). Lib. I—IV. 1874.
„	24	Zu Exners Pfandrechtsbegriff über l. 7 C. hered. vel act. vend. (4, 39). Krit. VJSchr. 16 (1874) 115.
„	25	Anzeige von Zimmermann, Ächte und unächte negotiorum gestio. Jenaer LiteraturZ. 1874 S. 108.
„	26	Anzeige von Studemund, Gaii institutionum commentarii quattuor (Apographum). Jenaer LiteraturZ. 1874 S. 435.
1875	27	Codex Justinianus (Große Codexausgabe). Fasc. III (Lib. VI—VIII). Berlin 1875.
„	28	Kleine Codexausgabe (Fasc. VII der Stereotypausgabe des Corpus iuris). Lib. IV—VII. 1875.
„	29	Puchta, Institutionen. 8. Aufl. von P. Krüger. 1875.
1876	30	Codex Justinianus (Große Codexausgabe). Fasc. IV. Lib. IX—XI. Berlin 1876.
„	31	Kleine Codexausgabe (Fasc. VIII der Stereotypausgabe des Corpus iuris). Lib. VIII—XI. 1876.
1877	32	Codex Justinianus (Große Codexausgabe). Fasc. V (Lib. XI—XII. Index). Berlin 1877.
„	33	Kleine Codexausgabe (Fasc. IX der Stereotypausgabe des Corpus iuris civilis). Lib. XI—XII. 1877.[1])
„	34	Über die Zeitbestimmung der Konstitutionen aus den Jahren 364 bis 373. Ein Beitrag zur Kritik des Codex Theodosianus. Commentationes philologae in honorem Th. Mommsen. Berlin 1877. S. 75ff.
„	35	Gaii Institutiones ed. Paulus Krüger et Guilelmus Studemund. Berlin 1877.
1878	36	Collectio librorum iuris anteiustiniani 2 (Berlin 1878): Ulpiani liber singularis regularum. Pauli libri quinque sententiarum. Fragmenta minora.
„	37	Bemerkungen zu der Anzeige des Cod. Just. Krit. VJSchr. 20 (N. F. 1) 1878, S. 597.
1879	38	Monatsberichte der Kgl. Akademie d. Wiss. zu Berlin phil.-hist. Kl. 1879, S. 509ff. (Berliner Papinianfragmente).
„	39	Anzeige von E. v. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte. Arch. f. ZivPrax. 62 (1879) 203.
„	40	Anzeige von Aug. Sturm, Das negotium utiliter gestum. Arch. f. ZivPrax. 62 (1879) 206.
„	41	Anzeige von Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio. Arch. f. ZivPrax. 62 (1879) 496.

[1]) Unrichtig ist bei Krüger, Geschichte der Quellen 438 N. 19 (ebenso bei Kipp, Geschichte der Quellen 170 N. 17; Windscheid-Kipp, Pand. 1 § 4 N. 8a) '1872' als das Erscheinungsjahr der kleinen Codexausgabe angegeben.

1880	42	Codicis Theodosiani fragmenta Taurinensia (Apographum). Abhandlungen der Berliner Akademie der Wiss. aus dem Jahre 1879. Berlin 1880.
„	43	Zur Lehre vom Widerruf der Testamente. SZ. 1 (1880) S. 53.
„	44	Die Berliner Fragmente vorjustinianischer Rechtsquellen. SZ. 1 (1880) S. 93ff.
„	45	Neue Bruchstücke aus Papiniani liber V responsorum, Monatsberichte der Berliner Akademie der Wiss. 1880. S. 363ff.
„	46	Wann hat derjenige, dessen Sache beim letzten Besitzer untergegangen oder von demselben usukapiert worden, gegen denjenigen, der sie dem letzteren bona fide verkauft hat, einen Anspruch auf den Kaufpreis? Arch. f. ZivPrax. 63 (1880) 379ff.
„	47	Puchta, Institutionen, 9. Aufl. von P. Krüger, Bd. 1, 1880.
„	48	Anzeige von Demelius, Die confessio im römischen Zivilprozeß. Krit. VJSchr. 22 (N. F. 3) 2. Heft 1880, S. 414ff.
1881	49	Die Berliner Fragmente von Papinians responsa. SZ. 2 (1881) 83.
„	50	Puchta, Institutionen, 9. Aufl. von P. Krüger, Bd. 2, 1881.
1882	51	Anzeige von Iustiniani Novellae ed. Zachariae a Lingenthal. Krit. VJSchr. 24 (N. F. 5), 1882, S. 36ff.
1883	52	Die Sinai-Scholien zu Ulpians libri ad Sabinum. SZ. 4 (1883) 1ff.
„	53	Die Formel der actio de peculio. SZ. 4 (1883) 108.
„	54	Anzeige von Schloßmann, Der Besitzerwerb durch Dritte. Arch. f. ZivPrax. 66 (1883) 150.
„	55	Bemerkung über l. 2 C. sententiam rescindi non posse (7, 50). Arch. f. ZivPrax. 67 (1. Heft 1883) 154.
„	56	Anzeige von Max Conrat (Cohn), Das florentinische Rechtsbuch. Deutsche LiteraturZ. 1883, Sp. 21.
1884	57	Die Pariser Fragmente aus Papinians responsa. SZ. 5 (1884) 166.
„	58	Über furtum conceptum prohibitum und non exhibitum. SZ. 5 (1884) 219.
„	59	Gaii Institutiones . . . iterum ediderunt P. Krüger et G. Studemund. Berlin 1884 (= Collectio librorum iuris anteiust. I).
„	60	Selbstanzeige des vorhergehenden Werks. Krit. VJSchr. 26 (N. F. 7), 1884, S. 548.
„	61	Anzeige von Lenel, Das edictum perpetuum. Krit. VJSchr. 26 (N. F. 7), 1884, S. 307.
„	62	Anzeige von Keller, Der römische Zivilprozeß. 6. Aufl. von Wach. Krit. VJSchr. 26 (N. F. 7), 1884, S. 322.
1885	63	Anzeige von Leist, Graeco-italische Rechtsgeschichte. Deutsche LiteraturZ. 1885, Sp. 276.

4.

Es bleibt uns noch eine Frage zu beantworten: auf welchem Wege konnte der dominus, der die Übernahme des iudicium noxale ablehnte, zur noxae deditio gezwungen werden? Für Biondi existiert diese Frage nicht; nach ihm ist ja mit der bloßen ductio des Schuldigen alles erledigt. Für uns, die wir den Satz des Pomponius „noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere" dahin verstehen, daß zwar allerdings niemand die Defension des Schuldigen zu übernehmen brauchte, aber doch nur unter der Voraussetzung, daß er sein nolle defendere durch noxae deditio handelnd dokumentierte, liegt die Sache anders. Die Lösung des Rätsels ist aber sehr einfach und längst gefunden. Wer bei Ablehnung des iudicium noxale nicht zugleich die noxae deditio vollzieht, verletzt dadurch gewiß keine Defensionspflicht hinsichtlich des Sklaven — eine solche Pflicht existiert nicht —, wohl aber liegt in seinem Verhalten ein non uti oportet *se* defendere, er entzieht sich der ihn selbst treffenden Haftung, und die Folge kann nur wie sonst die Einleitung von Exekutionsmaßregeln gegen ihn — ductio, missio in bona — sein. Daß dies die römische Auffassung und Ordnung war, ergibt sich nicht nur als Konsequenz aus der oben nachgewiesenen Struktur der Formel, sondern m. E. unwiderleglich aus cap. XXII der lex Rubria, wo unter den Anwendungsfällen der ductio und missio ausdrücklich auch der angeführt ist: (sei is) . . . . eamve rem de qua arguetur se fecisse obligatumve se eius rei noxsiaeve esse confessus erit deixseritve, welchem Fall dann weiterhin der der unterlassenen defensio gleichgestellt wird. B. glaubt die Beweiskraft dieser Stelle dadurch beseitigen zu können, daß er „noxsiae obligatum esse" nicht von der Obligation aus Delikt von Gewaltunterworfenen, sondern von der aus eigenem Delikt des Beklagten selbst verstanden wissen will (S. 211). Ich halte diese Interpretation, um B.s eigenen Ausdruck anzuwenden, für „semplicemente fantastica". Es ist undenkbar, daß ein römisches Gesetz ein Wort, das seit den zwölf Tafeln technisch bei der Noxalhaftung verwendet wurde, zur Bezeichnung beliebiger Delikte gebraucht haben sollte. Man beachte

auch wohl, daß in der fraglichen Stelle der lex Rubria vorher von oportere und debere verschiedensten Inhalts die Rede ist, ohne daß aber irgendwo der Grund dieses oportere und debere angegeben wurde; das Gesetz, das von Kontrakten als Obligierungsgrund schweigt, kann nicht die Delikte als Obligierungsgrund ausdrücklich erwähnt haben. M. E. gibt es für die angeführten Worte des Gesetzes nur eine Deutung. Sie betreffen drei Fälle des Geständnisses: erstens Geständnis der Tatsache eines von dem Beklagten selbst begangenen Delikts (eam rem de qua arguetur se fecisse), zweitens, was ja nicht dasselbe ist, Anerkennung der aus einem solchen hervorgehenden Obligation (obligatum se eius rei esse), drittens Anerkennung einer Noxalhaftung (noxsiae se obligatum esse). Die Fassung, in der uns der dritte Fall entgegentritt, bestätigt zugleich, daß es sich bei der Noxalhaftung nicht um die bloße defensionsweise Übernahme einer fremden Obligation, sondern um eine eigene Obligation des Eigentümers oder Gewalthabers handelt.[1]) Kam es auf Grund der missio im Fortgang des Verfahrens zur venditio bonorum, so wird die Noxalobligation so behandelt worden sein wie jede andere Obligation, d. h. der bonorum emptor haftete für die litis aestimatio zu den gebotenen Prozenten; die facultas noxae dedendi, d. h. das Recht, sich durch Übertragung des ihm allein zustehenden bonitarischen Eigentums zu befreien, wird er behalten haben.

All dies bietet keinerlei Schwierigkeiten. Nicht so einfach ist dagegen die Frage, die sich schließlich noch aufwirft, wie denn die Formel gefaßt war, wenn ein andrer als der dominus oder pater familias die Defension des Schuldigen übernahm, also jemand, der zivilrechtlich selbst nicht haftbar war, z. B. ein Pfandgläubiger oder Usufruktuar. Die Quellen gewähren keinerlei Anhaltspunkte. Man darf hier nicht an eine Formel mit Wechsel der Subjekte denken

---

[1]) Ganz unmöglich scheint mir die Auffassung der Stelle durch de Visscher, rev. gén. 1919 S. 18: celui qui, dans une confessio in iure, se reconnaît noxsiae obligatus, ne peut être autre que l'auteur de l'infraction lui-même. Wie kann ein Sklave eine confessio in iure abgeben oder gar iudicio non uti oportet se defendere?



(intentio auf den Namen des dominus, condemnatio auf den des defendens); denn was in solchem Fall übernommen wurde, war nicht die defensio domini, sondern die defensio des Delinquenten. Am wahrscheinlichsten scheint mir eine auf den Namen des defendens abgestellte fiktizische intentio (Fiktion: si dominus esset); in der condemnatio blieb wahrscheinlich das gewöhnliche aut noxae dedere stehen, indem man diese Worte, die beim Eigentümer von „Eigentumsübertragung" verstanden wurden, im Wege der Interpretation dem Fall entsprechend umdeutete. Dieser Umdeutung stand nichts im Wege. Das Wort dedere hat ja, wie die völkerrechtliche deditio und die des Hauskinds dartun, keine ausschließliche Beziehung auf Eigentumsübertragung; es bedeutete an sich nur „ausliefern"; was aber zur Auslieferung gehört, das gestaltet sich verschieden, je nach der Rechtslage des Ausliefernden.

II.

„Iudicium“.

Von

Herrn **Otto Lenel**
in Freiburg i. Br.

Wlassaks Auffassung der Litiskontestation und seine Untersuchungen über iudicium und iudicium legitimum sind nach meiner Überzeugung der Schlüssel für das Verständnis des römischen Zivilprozesses. Er hat seine Lehre in allen Hauptpunkten so fest fundiert, daß ein Angriff auf sie m. E. keiner Abwehr bedarf. Wenn ich gleichwohl im folgenden den Artikel, den Beseler im letzten Bande dieser Zeitschrift S. 131f. unter obigem Titel veröffentlicht hat, einer Kritik unterziehe, so geschieht dies nicht, um Wlassak sehr überflüssige Sekundantendienste zu leisten, sondern um der Methode entgegenzutreten, mit der dieser Angriff geführt ist.

„Iudicium“, so beginnt Beseler, „ist das Verfahren, das einen unendlich kleinen Moment (?) nach der Vollendung der L C beginnt und mit dem Ende des Prozesses endigt, ist das, was Oskar Bülow Prozeß nennt.“ In einer Anmerkung wird hinzugefügt: „Iudicium hat nie eine andere technische Bedeutung, insonderheit bedeutet es niemals formula.“ Wlassak hat das Gegenteil behauptet und diese Behauptung durch ein umfangreiches Beweismaterial begründet.[1]) Mit diesem Beweismaterial findet sich B., ich möchte sagen, diktatorisch ab. „In lex Rubria 20 ist bei includantur concipiantur und includei concipei ‚in formula‘ hinzuzuverstehen.“ Die lex Rubria 20 verordnet bekannt-

[1]) Litiskontestation S. 15f., Röm. Prozeßgesetze I S. 78f. Ich lasse dahingestellt, ob das Wort in allen Fällen, die W. dahinrechnet, wirklich die Bedeutung „Schriftformel“ hat und nicht mitunter die: „durch Schriftformel begründeter Prozeß“. Aber auch diese Deutung fände bei B. keine Gnade.

lich: uti ea nomina et municipium colonia locus in eo iudicio . . . . . . includantur concipiantur, quae includei concipei sine dolo malo oporteret debebit[1]) *rel.*, also nach B.: daß in diesem Prozeß — der, wie er sagt, erst nach der L C beginnt — gewisse Bezeichnungen, ergänze: in die Formel, aufgenommen und darin zum Ausdruck gebracht werden usw. Somit würde die lex Rubria nicht nur das ganz unentbehrliche „in formula" weggelassen und statt dessen das ganz überflüssige „in eo iudicio = in diesem Prozeß" eingesetzt haben, sondern auch voraussetzen, daß die Formel erst nach der L C abgefaßt worden wäre. Das meint B. natürlich nicht; aber entspricht seine Auslegung den Gesetzen der Ausdruckspsychologie („welche bestimmen, in welcher Art der Mensch seine Gedanken ausdrückt", B. 4, 240 n.), deren Verkennung er Wlassak zum Vorwurf macht? „In der Rede pro Tullio (iudicium composuit) sagt Cicero ungenau ‚Prozeß' statt ‚Formel'." Kann man einen Prozeß „zusammenstellen" oder „abfassen" (das heißt doch componere)? Dem übrigen sehr bedeutsamen Beweismaterial Wlassaks widmet B. überhaupt kein Wort. Heißt das einen ernsthaften Schriftsteller widerlegen?

„Entstehungsgrund des iudicium ist früher das lege agere, später die Formelerteilung. Herr des iudicium ist der iudex, ursprünglich der Magistrat, später der iudex privatus. Legitimum ist das iudicium, dessen iudicis potestas ius dicendi auf einem ius dicito . . . des Zwölftafelgesetzes beruht. Dies Gesetz muß den Satz enthalten haben: praitor domi ious deicito (worauf gefolgt sein mag: militiai induperato)." Hier läßt B. selbst (S. 131 [3]) seinen Leser ihm den Einwand machen: „Du dichtest", freilich nur, um den Frevler sofort in seine Schranken zurückzuweisen. Ich fürchte, es wird trotzdem dabei bleiben müssen: „Du dichtest"; denn ein Beweis für diese Behauptungen wird nicht erbracht, ja nicht einmal versucht. Insbesondere finden wir für den sehr wichtigen Satz, daß das Beiwort legitimum auf die Zwölftafeln deute, statt eines Beweises lediglich die Berufung auf Mommsen (in den jur. Schr. 3, 356f.).

---

[1]) oportere ei videbuntur *coni.* Mommsen.

Allein so hoch wir Mommsens Autorität einschätzen, gerade hier steht seine Beweisführung auf schwachen Füßen. Während er zugibt, daß unendlich oft das Wort legitimum in weiterem Sinne (= gesetzlich) gebraucht werde, behauptet er gleichwohl, daß in Verbindung mit den drei Wörtern hereditas, tutela, iudicium das Wort die besondere Beziehung gerade nur auf die Zwölftafeln habe. Das ist in Hinsicht der hereditas legitima nachweisbar unrichtig; die römischen Juristen rechnen den heres ex SC° Tertulliano oder Orfitiano zu den heredes legitimi, nicht etwa bloß hier und da, sondern in ständigem Sprachgebrauch. Man vergleiche etwa Paul. sent. 4, 9 § 8; 4, 10 § 1—4; Ulp. XXVI 7. 8; Ulp. D. 38, 17, 1 § 2—5, 7—9; 2 § 2—4. Nach fr. 1 § 9 standen in dem SC Orfitianum selbst die Worte „legitima hereditas". Vielleicht wird B. hierauf erwidern: eine hereditas, die nicht lege defertur, könne nicht legitima genannt worden sein; die Bezeichnung des heres als legitimus gehe hier überall auf Interpolation oder Glossem zurück. Wer die Stellen unbefangen liest, wird dem schwerlich beitreten; zu einer so ständigen, zwanzigmal wiederholten Interpolierung oder Glossierung fehlte auch jeder Anlaß. Und man lese nun gar, was Ulpian 46 ad ed. in seinem Kommentar zur b. p. unde legitimi sagt, D. 38, 7, 2 § 4:

> Haec autem bonorum possessio omnem vocat qui ab intestato potuit esse heres, sive lex duodecim tabularum eum legitimum heredem faciat sive alia lex senatusve consultum. denique mater quae ex senatus consulto venit Tertulliano, item qui ex Orfitiano ad legitimam hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt.

Soll auch hier Interpolation oder Glossem vorliegen?

Anders liegt die Sache bei der tutela legitima. Hier ist es wahr: die Klassiker kannten keine andere tutela legitima als die zwölftafelmäßige der Agnaten und Gentilen und des Patrons. Aber nur deshalb nicht, weil das Zwölftafelrecht hier unverändert geblieben war, es kein anderes Gesetz gab, das neue Fälle gesetzlicher Tutel geschaffen hätte. Wenn es bei Ulp. XI 3 heißt:

legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt. per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege XII tabularum introducuntur . . .,

so hat diese Stelle keineswegs die entscheidende Bedeutung, die Mommsen (a. a. O. 362) ihr beilegt. Hier allerdings haben wir, wie F. Schulz[1]) mit Recht bemerkt, „deutlich nachklassische Arbeit“ vor uns; ihr Verfasser wäre in Verlegenheit geraten, wenn er die „lex aliqua“ hätte benennen sollen, aus der noch andere tutores legitimi „descendunt“ als die Agnaten und Gentilen, er müßte denn, was Mommsen in der Tat annimmt, zu den tutores legitimi i. w. S. — in Widerspruch zu dem feststehenden Sprachgebrauch sämtlicher Klassiker — auch den tutor Atilianus gerechnet haben, und dann konsequent umgekehrt den tutor testamentarius, weil er ex lege XII tabularum „descendit“, zu den legitimi i. e. S.

Aus der Analogie der hereditas legitima und der tutela legitima läßt sich also für die Bedeutung des Ausdrucks iudicium legitimum nicht das geringste folgern, und in dem, was Mommsen (S. 363f.) über den angeblichen technischen Wert dieses Ausdrucks ausführt, wird die Beziehung auf das Zwölftafelrecht nicht etwa durch Quellenbelege dargetan, sondern einfach postuliert.

Aber kehren wir zu B. zurück. Er fährt fort: „Diesen (angeblichen) Satz (der Zwölf Tafeln) bezog man auch auf den legitim eingesetzten eingliedrigen Stellvertreter des Prätors, den iudex privatus, der wie der Prätor iudex heißt und ist, wahrscheinlich, trotz Gaius, der oft nicht alles sagt was ist, auch auf die legitim eingesetzten iudices centumviri . . . . .“ „Als legitim eingesetzt betrachtete man nur den iudex, den der Prätor durch einen domi gesprochenen Befehl eingesetzt hat.“ „Von wem die lex sagt domi ius dicito, der kann nur domi legitim judizieren, wer aber nur domi legitim judizieren kann, der kann auch nur domi ein iudicium legitim begründen, nur domi einen Stellvertreter legitim einsetzen.“ Man staunt, wenn man liest, wie hier aus einem frei erfundenen Zwölftafelsatz Folgerungen ab-

---

[1]) Epitome Ulpiani S. 35.

geleitet werden, die allem widerstreiten, was den wirklichen Quellenzeugnissen zu entnehmen ist. Wo finden wir den iudex privatus als Stellvertreter des Prätors bezeichnet, wo ihm (wie es durch B. S. 132 unt. ausdrücklich geschieht) Jurisdiktionsgewalt zugeschrieben, wo dem Prätor die Macht zu judizieren? Wenn irgend etwas gewiß ist, so ist es von dem allem das Gegenteil.

Selbstverständlich ist nach B. „das Dasein eines legitimum iudicium unabhängig von der Art des Entstehungsgrundes des iudicium“ (S. 133). Die legis actio ist nach ihm ebenso fähig, ein iudicium legitimum zu erzeugen wie die Formel. W. hat (Prozeßges. 1, 54f.) nachgewiesen, daß diese Annahme dem Sprachgebrauch der Quellen widerstreitet. Nicht als ob je ein Römer das Verfahren auf Grund legis actio für ungesetzlich gehalten hätte; aber der Römer denkt, einerlei wie dieser Sprachgebrauch zu erklären ist, bei dem Ausdruck iudicio agere nur an den mittels Schriftformel begründeten Prozeß, betrachtet daher lege agere und legitimo iudicio agere als sich ausschließende Gegensätze. Das geht insbesondere aus Gai. 1, 184 und Ulp. XI 24 und 27 klar hervor. B. hält es offenbar für überflüssig, sich mit diesen Zeugnissen auseinanderzusetzen. Und gesetzt einmal, daß B. recht hätte, wie würde es dann mit dem „iudicium“ stehen, das auf Grund nicht der Zwölf Tafeln, sondern der lex Silia oder Calpurnia eingesetzt wäre? Nach B. würde es nicht legitimum sein.

Wie B. Wlassaks Lehre vom iudicium verwirft, so auch die von der Vertragsnatur der Litiskontestation. Man muß hier das Wesentliche und das Unwesentliche in Wlassaks Lehre auseinanderhalten. Für unwesentlich halte ich die Frage der Form, in der sich die L C des Formularprozesses vollzog, eine Frage, über die schwerlich jemals Einigkeit erzielt werden wird. Das Wesentliche liegt für mich darin, daß die Litiskontestation dadurch zustandekommt, daß beide Parteien übereinstimmend vor dem Prätor ihren Willen zu erkennen geben, unter der von ihm genehmigten Formel prozessieren zu wollen. Darin liegt für uns Moderne ebenso gut ein Vertrag, wie in der Auflassung eines Grundstücks vor dem Grundbuchbeamten. Ob die Römer die L C

um deswillen zu den eigentlichen contractus gerechnet haben, das hängt von der viel bestrittenen Bedeutung dieses Ausdrucks ab. Man mag es bejahen oder, trotz des bekannten „iudicio contrahere“, verneinen; für den Kern der Sache ist es m. E. gleichgültig. Und was präsentiert uns denn nun B. an Stelle der „nicht billigenswerten“ Lehre W.s? Gleich als ob W.s Schriften gar nicht existierten, tritt B. seinerseits mit der Behauptung auf (S. 136 in der Note): „Das Wort litis contestatio bezeichnet mit dem Namen eines hervorstechenden sinnlichen Elements die Gesamtheit der Verhandlung in iure, welche mit dem decretum des Prätors abschließt.“ Es möchte ihm schwer fallen, auch nur eine einzige Quellenstelle aufzutreiben, worin L C die Gesamtheit der Verhandlung in iure, worin sie etwas anderes bezeichnet als einen Parteienakt, worin zu ihrer Vollendung ein abschließendes decretum praetoris gefordert würde. Er hält Quellenbelege anscheinend für überflüssig. Man vermißt auch jede Andeutung über den Zweck des angeblichen Definitivdekrets. Nach B. selbst (S. 135 [1]) ist iudicium dare „der Zwischenbescheid (also doch auch schon ein Dekret?), durch den der Magistrat einen Prozeß im Sinne der in iure gefundenen und vom Kläger gewollten Formel gutheißt.“ Wenn nun der Beklagte einlassungsbereit ist, d. h. erklärt, unter dieser Formel prozessieren zu wollen, dann soll erst noch das „Definitivdekret“ ergehen. Wozu? Nimmt B. etwa auch hinter den Legisaktionen ein solches Definitivdekret an? Man stelle sich doch nur vor, daß durch unsern heutigen Zivilprozeß die Entscheidung in die Hand von Geschworenen gegeben würde, denen bestimmt formulierte Fragen vorzulegen wären. Ganz gewiß würde sich dann von selbst die Reihenfolge ergeben, die W. für den römischen Prozeß nicht behauptet, sondern nachgewiesen hat: Antrag des Klägers in bezug auf die Fassung der Fragen, Verhandlung zwischen den Parteien darüber, Entscheidung des Gerichts, welche Fragestellungen es genehmige, Erklärung der Parteien, ob sie unter dieser so festgestellten Voraussetzung den Prozeß weiterführen wollen. Bejahendenfalls wäre eine neue Gerichtsentscheidung über die zu stellenden Fragen höchst überflüssig, ja lächerlich. Was dem Gericht zu tun

übrig bliebe, wäre nur die Übermittlung der Fragen an den Geschworenen, der dadurch zu ihrer Beantwortung verpflichtet würde, im römischen Sinne: nicht das iudicium dare, sondern der Judikationsbefehl.

B. läßt seiner Ablehnung der Vertragstheorie noch (S. 136f.) die Worte folgen: „Wahr ist nur, daß in Rom jedermann durch bare Nichteinlassung oder durch Einlassungsweigerung bewirken kann, daß ein Prozeß in Bülows Sinne gegen ihn nicht stattfinden kann und nicht stattfindet. Diese wie römische so auch germanische Auffassung . . . . wurzelt in der Vorstellung, daß der Prozeß ein Streit und ein Streit etwas Gegenseitiges ist. Aber wehe dem, der sich auf die vom Kläger geforderte und vom Prätor gebilligte actio nicht einläßt! . . . . . . Kann Nichteinlassung jemals vernünftig sein? Gewiß. Wenn man erwarten darf, daß ein Magistrat mit par maiorve potestas oder ein tribunus das decretum kassieren wird, durch welches der Prätor die Konsequenz aus der Nichteinlassung ziehen wird.“ Das trägt B. so vor, als ob er damit den eigentlichen Schlüssel zum Verständnis des erörterten Satzes gegeben hätte. Leider sind aber dabei die praktischen Erwägungen vollkommen übersehen, die im römischen Prozeß zwangsläufig dazu führen mußten, das Zustandekommen des iudicium von der Einlassung des Beklagten abhängig zu machen. Von der Gestaltung der Formel (und früher der legis actio) hing ganz wesentlich der Ausgang des Prozesses ab. War es nun dem Beklagten von vornherein klar, daß er unter der genehmigten Formel keine Aussicht auf für ihn günstigen Ausgang hatte, so wäre es schlechthin sinnlos gewesen, gleichwohl einen Geschworenen zu bestellen und den Beklagten zu zwingen, vor diesem zu prozessieren. Wie das Recht Englands, des Mutterlands des modernen Geschworeneninstituts, selbst im Strafprozeß den Angeklagten, der „guilty“ plädiert, ohne Geschworenenspruch den Straffolgen des ihm zur Last gelegten Verbrechens unterwirft, so der römische Zivilprozeß den Beklagten, der sich nicht einläßt, den Exekutionsfolgen. Es ist nicht an dem, daß der Staat, wie B. (S. 138) meint, den, „der das Gnadenmittel des Rechtsstaates verschmäht“,

dem vorstaatlichen Selbsthilferecht überlieferte, sondern die Vermeidung des überflüssigen und aussichtslosen Prozesses ist einfach durch das Interesse beider Parteien, auch des Beklagten, geboten.

Ich habe im obigen das sachlich Fragwürdige in B.s Ausführungen unterstrichen. Meine Bedenken gegen seine Kritik sind aber damit nicht erschöpft. Wer die Lehre eines Schriftstellers kritisch angreift, von dem müssen wir verlangen, daß er den Standpunkt seines Gegners mit absoluter Genauigkeit wiedergibt, daß er ferner dem Leser durch Zitat der Stellen, wo der Gegner die bekämpfte Meinung vertritt, die Möglichkeit gibt, die Genauigkeit jener Wiedergabe nachzuprüfen, daß er endlich ängstlich auch den Schein vermeidet, als ob er dem Gegner Meinungen unterschiebe, die er nicht hat, und ihn eines Bessern habe überführen wollen und überführt habe, auch da, wo er in Wirklichkeit völlig mit ihm einig geht. In allen drei Beziehungen ist B.s Kritik nicht einwandfrei. Ich kann nicht umhin, hierfür Beweis anzutreten.

S. 134 läßt B. Wlassak behaupten, „daß das Wort iudicium bisweilen Bezeichnung des gesamten Verfahrens von in ius ductio bis Prozeßende sei". Bekanntlich läßt Wlassak das iudicium mit der L C beginnen (vgl. Litiskontestation 56, Prozeßgesetze II 33. 38. 48. 358, Judikationsbefehl 285), nicht ohne (Litisk. 56) ausdrücklich hinzuzufügen, daß alles, was der L C voraufgeht, nicht unter den Begriff fällt. Eine B.s Behauptung rechtfertigende Äußerung W.s habe ich trotz Suchens nicht finden können. Ein Zitat als Beleg gibt B. nicht.

S. 131 [1] sagt B.: „Iudicium dabo heißt: ich werde einen Prozeß gewähren." Jeder, der dies in dem dortigen Zusammenhang liest, muß annehmen, daß W. andrer Ansicht sei. In der Tat hat W., wie er selbst (Klass. Prozeßf. 124 [56]) offen zugibt, über die Bedeutung jener Wendung sich nicht immer in einem und demselben Sinn geäußert. Seine heutige Auffassung sei mit seinen eigenen Worten (ebenda 164) wiedergegeben: „Was also behaupte ich? Folgendes: daß iudicium (actionem) dare das beamtliche 'bewilligen', 'gestatten', 'zulassen' des erbetenen Prozesses anzeigt oder

— was auf dasselbe hinausläuft — das 'bewilligen' der postulierten Streitbefestigung, die den Prozeß begründen soll. Weiter aber schließt jenes dare notwendig die amtliche Billigung der Formel ein, mit der ja die lis zu kontestieren ist. Eben darum trifft man den Sinn unserer Phrase auch, wenn man sie durch 'Bewilligung' oder 'Zulassung' der Formel wiedergibt. Dagegen ist es nach meinem Ermessen unstatthaft, in ihr . . . . . ein körperliches Hingeben der Prozeßformel ausgedrückt zu finden.“ Diese Äußerung hätte B. m. E. nicht mit Stillschweigen übergehen dürfen.

S. 132 führt B. aus, daß nur das domi begründete iudicium ein iudicium legitimum sei; domi bedeute ursprünglich „innerhalb des pomerium“, später, wahrscheinlich auf Grund eines Gesetzes, 'innerhalb des ersten Meilensteines'. Auch dies liest sich, als ob eine W. korrigierende neue Entdeckung gebracht werde. In Wirklichkeit stimmt das Angeführte genau überein mit dem, was W. selbst (Prozeßges. II 256f., 266f.) ausgeführt hat, ohne daß diese Übereinstimmung irgendwie hervorgehoben wird. Ebenso deckt sich die Deutung, die B. S. 132 [1] den Worten „sub uno iudice accipiuntur ‘ bei Gai. IV 104f. gibt, genau mit der nicht zitierten W.s (Prozeßges. II 28. 80f.).

Wenn S. 133 sehr mit Recht betont wird, man müsse unterscheiden die prozessuale lex, kraft deren das iudicium ein iudicium legitimum sei, und die lex, die einen materiellrechtlichen Anspruch gewähre und kraft deren ein iudicium ein iudicium ex lege sei, so entsteht auch hier wieder der Schein, als ob W. diese Unterscheidung fremd sei, und dieser Schein wird dadurch verstärkt, daß B. hier ausdrücklich W.s Prozeßgesetze II 21f. zitiert und die dort gegebene Deutung von Gai. IV 109 hinsichtlich eines m. E. sehr nebensächlichen Punktes bekämpft, während Prozeßges. II 1f. nicht erwähnt wird, wo W. jene Unterscheidung mit klaren Worten macht.

S. 135 wird W.s Lehre von der Vertragsnatur der L C als eine Erneuerung der Mayerschen Lehre bezeichnet. Wer das liest, muß W. für einen Nachbeter M. S. Mayers halten. Nur wer zu den Wenigen gehört, die auch Mayers

Schrift über die L C (besonders S. 120f.) gelesen haben, weiß, daß Mayers Vertrag etwas ganz anderes ist als der Vertrag, den W. im Auge hat.

Wenn S. 136 (in der Anm. unten) die Frage, ob die Formel den iudex in der zweiten oder dritten Person anredete, im Gegensatz zu W. für unerheblich erklärt wird, so habe ich mich schon früher (Z. 43, 574 [1]) in gleichem Sinne ausgesprochen. Wenn aber B. dem die Bemerkung hinzufügt: „Übrigens ist nach dem Ausweise jeder lateinischen Schulgrammatik condemnato Form sowohl der zweiten wie der dritten Person“, so muß der geneigte Leser annehmen, daß diese triviale Weisheit W. entgangen sei. Wozu würde sie sonst hervorgehoben? Gegen diesen Verdacht brauche ich W. wohl nicht zu verteidigen.

In allem Obigen bin ich weit entfernt, an der optima fides B.s irgendwie zu zweifeln; er war sich sicherlich der irreführenden Natur seiner Darstellung nirgends bewußt. Aber durch Beobachtung der im schriftstellerischen Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte diese Irreführung vermieden werden können.

Dieser ganze Abwehrartikel ist von mir mit innerem Widerstreben geschrieben worden, weil ich mir der Verdienste voll bewußt bin, die Beseler um unsere Forschung hat. Aber wären diese Verdienste auch zehnmal größer, ein Angriff wie der B.s gegen einen Gelehrten, der durch gründlichste Arbeit langer Jahrzehnte Anspruch darauf hat, mit Respekt behandelt zu werden, durfte nicht ohne Erwiderung bleiben. Niemand wird etwas dagegen haben, daß auf dem Isthmus zwischen Rechtswissenschaft und Philologie ein wachsamer Wegelagerer seßhaft ist, der Passanten, die Böses im Schilde führen, „zu martervollem Tode“ bringt (B. 4, 343). Aber wenn dieser juristisch-philologische Sinis sein Handwerk wahllos ohne genaues Ansehen der Person zu üben unternimmt, so wird er, fürchte ich, dem Schicksal seines antiken Vorbilds nicht entgehen.

III.

Das Ediktssystem in den Paulus-Sentenzen.

Von

Herrn Professor Dr. **Fritz Schulz**
in Bonn.

So vielfach die Ausgaben der Paulus-Sentenzen seit Cuiaz, vor allem aber die Ausgaben von Arndts[1]), P. Krüger[2]) und Seckel-Kübler[3]) unsre Einsicht in dieses eigentümliche Werk gefördert haben, so lassen sie doch der Forschung noch viel zu tun übrig. So ist insbesondere der systematische Aufbau des Buches noch keineswegs klargestellt. Freilich hat man längst erkannt, daß dem ersten und umfänglichsten Teil (bis Buch 5 Titel 10) das Ediktssystem zugrunde liegt[4]); wie aber dieses System im einzelnen durchgeführt worden ist, und wie die einzelnen Bruchstücke unsrer Überlieferung unter die einzelnen Titel und Rubriken des Edikts zu ordnen sind, ist, soviel ich sehe, bisher noch nicht dargelegt worden. Unsre Ausgaben gliedern die Sentenzen innerhalb der fünf Bücher in der Hauptsache nach den mit Rubriken versehenen Titeln, die die Überlieferung, namentlich der westgothische Auszug, bietet. Aber diese Rubriken können den die Disposition des Buches suchenden Leser nicht fördern, sondern nur verwirren. Die Rubriken fehlen oft dort, wo sie dringend nötig wären, fassen also nicht Zusammengehörendes unrichtig zusammen; mit-

---

[1]) Bonn 1833.

[2]) Collectio lib. jur. antejust. 2 (Berlin 1878).

[3]) In der 6. Aufl. von Huschkes Jurispr. antejust. 2, 1 (Leipzig 1911).

[4]) Cuiaz zu D. (7, 9) 10 (Neap. 1758 5, 593); Schulting, Jurispr. vetus antejust. (Leipzig 1737) S. 211 (Vorbem. zu Buch 1 der Ausg. der Sentenzen); Arndts S. XIII; Huschke bei Seckel-Kübler S. 5; P. Krüger S. 42; Girard, Textes de droit romain[4] S. 377 (Vorbem. zu der Ausg. der Sentenzen); Berger, Art. Julius Paulus in Pauly-Wissowa, Real-Enzyklop. 10, 732.

unter reißen sie andrerseits zusammengehörige Stücke auseinander; mitunter stehen sie ganz isoliert ohne Text, weil der flüchtige Epitomator zwar die Rubrik, aber nicht den dazu gehörenden Text aus seiner Vorlage übernommen hat.[1]) Seit Cuiaz bemühen sich die Herausgeber, diese Titeleinteilung zu verbessern; aber dazu, ganze Arbeit zu leisten, das Übel an der Wurzel zu fassen und den Stoff ohne Rücksicht auf die Titeleinteilung neu zu gruppieren, hat man sich noch nicht entschließen können. Auch in der Einordnung des nicht durch das Brevier überlieferten Sentenzenmaterials sind selbst unsere neuesten Ausgaben bisweilen noch zu konservativ; sie halten die Anordnung älterer Ausgaben wesentlich mit Rücksicht auf die Bequemlichkeit des Benutzers mitunter auch dann noch fest, wenn — nach Lenels Edictum — eine andere Ordnung wahrscheinlicher ist.[2]) So kann also das System des Sentenzenbuches nicht einfach aus unsern Ausgaben abgelesen, sondern muß aus ihnen erst herausgearbeitet werden.[3]) Diese Arbeit ist freilich, was den ediktalen Teil des Buches angeht, der hier allein behandelt werden soll, heute, auf der durch Lenels Edictum und Palingenesie geschaffenen Grundlage, nicht mehr schwierig; wertvolle Vorarbeit enthalten auch unsere Ausgaben. Aber schwierig oder nicht: diese Arbeit muß m. E. einmal gemacht werden. Um sie in möglichster Kürze zu erledigen, begnüge ich mich damit, in einer Tabelle den systematischen Aufbau des ersten, ediktalen Teils der Sentenzen darzulegen und die erforderliche Begründung in Anmerkungen zu geben. Auf die Ordnung der Fragmente

---

[1]) Das Gegenstück zu diesen Rubriken bieten die Rubriken der Epitome Ulpiani; siehe in meiner Ausgabe der Epitome Ulpiani (1926) das zu Rubr. 2, 7, 10, 13, 27 Bemerkte.

[2]) Vgl. P. Krüger S. 43; Seckel-Kübler S. 3.

[3]) Daß in diesem Punkte unsre Ausgaben unbefriedigend sind, hat zuletzt P. Krüger ausdrücklich betont: Selbstbiographie S. 8 (= Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen herausg. von H. Planitz 2 [1924] 160): 'Bei Pauli Sententiae ist mit Rücksicht auf Lenels Ordnung in seiner Palingenesia (II 1247 ff.) eine Umgestaltung der Reihenfolge der Titel nicht zu umgehen. An der Unbequemlichkeit, welche dadurch für die Benutzer entsteht, kann gegenüber den letzthin erhobenen Klagen der Fortschritt der Wissenschaft nicht scheitern.'

innerhalb der kleinsten Abschnitte meiner Tabelle ist hier nicht eingegangen; ebensowenig auf die Frage der Klassizität des Sentenzenwerks im ganzen und einzelnen. Die Tabelle beginnt mit dem Anfang des Breviar-Auszugs; zu welchen Ediktstiteln und Rubriken die Digestenstellen gehören, die unsere Ausgaben diesem Anfang des westgothischen Auszugs vorausgehen lassen (Sent. 1, 1 A, 1—30), läßt sich nicht genau ermitteln; sie bleiben daher hier ganz beiseite. Lenels Edictum perpetuum ist nach der 2. Auflage (1907) und nur mit dem Namen des Verfassers zitiert; die Palingenesie nach Lenels Fragmentennummern, die Sentenzen selbst nach den Ausgaben von P. Krüger und Seckel-Kübler.

Tit. IV. De pactis et conventionibus (Lenel S. 64).
Sent. (1, 1) 1—7.

Tit. V. De in ius vocando (Lenel S. 65).
Rubr.: In ius vocati uti eant aut vindicem dent (Lenel S. 65).
Sent. (1, 1 B) 1—2.[1]

Tit. VI. De postulando (Lenel S. 75).
Rubr.: Qui nisi pro certis personis ne postulent (Lenel S. 76).
Sent. (1, 1 C) 1.[2]

Tit. VIII. De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus (Lenel S. 85).
Rubr.: Qui ne dentur cognitores (Lenel S. 90).
Sent. (1, 2) 1—3.[3]

---

[1]) Die Stellen gehören zu der Klausel: 'Parentem patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet' (Lenel S. 68). Zu § 1 siehe Paulus Nr. 131, Ulpian Nr. 260.

[2]) Diese uns nur durch den Bericht des Thalelaeus überlieferte Sentenz, die dem advocatus fisci das agere pro aliis gegen den Fiskus verbietet (vgl. dazu Fr. de iure fisci §§ 16, 17 und das dazu in der Ausgabe von Seckel-Kübler, Jurispr. antejust. 2, 1 S. 181 angeführte Material), gehört höchstwahrscheinlich zu der oben angegebenen Rubrik, nämlich zu der Generalklausel, die die „auf Gesetz oder gesetzesgleicher Vorschrift beruhenden Postulationsverbote einschärfte".

[3]) In § 3 scheint 'procuratorve' Interpolation zu sein.

Rubr.: De cognitore abdicando vel mutando (Lenel S. 93).
Anhang: Über die actio iudicati bei Verwendung eines cognitor.
Sent. (1, 2) 4 und (1, 3) 9.[1])

Rubr.: Quibus alieno nomine agere liceat (Lenel S. 94).
Praefatio: Über Prokuratur im allgemeinen.[2])
Sent. (1, 3) 1—2 und 10 (?).[3])

Rubr.: De defendendo eo cuius nomine quis aget, et de satisdando (Lenel S. 97).
Sent. (1, 3) 3—8.

Rubr.: De negotiis gestis (Lenel S. 100).
Sent. (1, 4) 1—10.

Tit. IX. De calumniatoribus (Lenel S. 104).
Sent. (1, 5) 1.
Anhang: 1. De fugitivis: Sent. (1, 6A) 1—7.[4])
2. Über kriminelle calumnia und

---

[1]) Ein solcher Anhang über die actio iudicati findet sich zu dieser Rubrik auch bei Ulpian Nr. 318, 319; vgl. dazu Lenel, Paling. 2, 450 N. 8. — Sent. (1, 3) 9 steht in unsern Ausgaben sicher an der falschen Stelle, da hier 'procurator' sicher Interpolation für 'cognitor' ist; vgl. Eisele, Cognitur und Procuratur 71, Seckel-Kübler zu der Stelle.

[2]) Eine derartige Praefatio findet sich auch in den Ediktskommentaren; vgl. Lenel, Ulpian Nr. 320—322 und Lenel, Edictum S. 87.

[3]) Ob § 10 hierher gehört, ist unsicher, er könnte auch zu der Rubrik Lenel § 30 gehören; wohin die entsprechende Erörterung Ulpian Nr. 329 gehört, ist ebenso unsicher: Lenel, Edictum S. 96 N. 5.

[4]) P. Krüger und Seckel-Kübler glauben, daß der Titel de fugitivis, der im Breviar fehlt, hier an der falschen Stelle stehe; in der Tat steht der Titel im Edikt nicht hier: vgl. Lenel S. 54. Aber die Rubrik und sicher die §§ 1—2, 5—7 hat Cuiacius im Vesontinus hier gelesen, und wie sollen sie hierher gelangt sein, wenn sie in dem vollständigen Sentenzenbuch an einer andern Stelle standen? Wie sollte der Mann, der das Breviar aus den vollständigen Sentenzen in dieser Weise vervollständigte, darauf verfallen, seine Ergänzung gerade hier einzutragen? Unsere Tabelle zeigt, daß der Sentenzenverfasser mitunter von der Folgeordnung des Edikts abwich und Rubriken, die im Edikt nicht zusammenstanden, seiner Ansicht nach aber zusammengehörten, kombinierte. Vielleicht faßte unser Verfasser den verbotswidrigen Verkauf eines servus fugitivus (vgl. Mommsen, Strafrecht 781) als einen Fall der calumnia, als ein negotium, quod quis per fraudem alicui comparat (vgl. § 1).

tergiversatio: Sent. (1, 6 B) 1a bis 4.[1])

Tit. X. De in integrum restitutionibus (Lenel S. 108).

Praefatio: Allgemeines.

Sent. (1, 7) 1—3.

Rubr.: Quod metus causa gestum erit (Lenel S. 108).

Sent. (1, 7) 4—10.[2])

Rubr.: De dolo malo (Lenel S. 111).

Sent. (1, 8) 1—2.

Rubr.: De minoribus viginti quinque annis (Lenel S. 112).

Sent. (1, 9) 1—8.

Rubr.: Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur (Lenel S. 116).

Sent. (1, 9 A) 1.[3])

Rubr.: De lite restituenda (Lenel S. 119).

Sent. (1, 10) 1.[4])

Tit. XII. De satisdando (Lenel S. 130).

Sent. (1, 11) 1—2.

Tit. XIII. Quibus causis praeiudicium fieri non oportet (Lenel S. 136).

Sent. (1, 12) 9.[5])

Tit. XIV. De iudiciis (Lenel S. 140).

Praefatio: Allgemeines über iudicium. Sent. (1, 12) 1—8 und 10; (1, 13 A) 1a—1h.[6])

---

[1]) Daß unser Verfasser nach der kriminellen calumnia (Mommsen, Strafrecht 491) auch das andre Anklägerdelikt, die tergiversatio, das Fallenlassen (desistere) der einmal erhobenen Anklage (Mommsen S. 498) besprach, ist verständlich; sprach ja doch auch das Edikt im Titel de calumniatoribus vom 'desistere', wenn uns die Klausel auch nicht erhalten ist: Lenel S. 105f.

[2]) So auch Huschke, P. Krüger, Seckel-Kübler.

[3]) Vgl. Arndts zu der Stelle.

[4]) Vgl. Lenel, Edictum S. 120 N. 4.

[5]) Diese Sentenz steht in unsern Ausgaben wohl sicher an der falschen Stelle.

[6]) Auch die klassischen Ediktssysteme enthalten allgemeine Einleitungen zum Titel de iudiciis, in denen allgemein über iurisdictiol, iudex, iudicium gehandelt wird: Lenel, Edictum S. 140 N. 3. Zu der

Rubr.: De noxalibus actionibus (Lenel S. 154).
Sent. (1, 13 A) 2—3.[1])

Tit. XV. De his quae cuiusque in bonis sunt (Lenel S. 164).

Rubr.: De Publiciana in rem actione (Lenel S. 164).
Sent. (1, 13 A) 4.[2])

Rubr.: De servo corrupto (Lenel S. 169).
Sent. (1, 13 A) 5—6.

Rubr.: Si hereditas petatur (Lenel S. 171).
Sent. (1, 13 B) 1—4; 6; 8—9.[3])

Rubr.: Si pars hereditatis petatur (Lenel S. 175).
Sent. (1, 13 B) 5.

Rubr.: De modo agri (Lenel S. 189).
Sent. (1, 14) 1a—1.[4])

Rubr.: Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur und de pastu pecoris (Lenel S. 190, 193).
Sent. (1, 15) 1.

Anhang: Über das Aedilenedikt de feris (Lenel S. 540).
Sent. (1, 15) 2—4.

Rubrik de iudicato und den Sentenzen (1, 13 A) 1d—1f siehe die Erörterungen de proferenda sententia bei Celsus Nr. 23, Julian Nr. 74, 75, Marcellus Nr. 21, Paulus Nr. 265—268. Zu (1, 13 A) 1b (Akten) siehe Hermogenian Nr. 28; zu Sent (1, 13 A) 1 (Tod des Beklagten) Paulus 1463; zu (1, 12) 1, 3, 6 Paulus Nr. 1460, 1461. In einer solchen Einleitung konnte auch von der „peinlichen Frage" gesprochen werden, namentlich wo die erste Rubrik des Titels 'de interrogationibus in iure faciendis' lautete.

[1]) § 3 erklärt sich daraus, daß im Edikt de albo corrupto eine Noxalklage verheißen war: Lenel S. 57.

[2]) § 4 ist geschrieben im Anschluß an den Fall, daß die res mancipi zwar tradiert, aber nicht manzipiert worden ist.

[3]) § 7 gehört sicher nicht hierher, wie das Zitat der Consultatio zeigt; so schon Krüger zu der Stelle. Wohin die Sentenz gehört, läßt sich nicht genau sagen; vielleicht zu den allgemeinen Bemerkungen zum Titel de iudiciis.

[4]) Die Zugehörigkeit dieser Stellen zu der angegebenen Rubrik ist nicht sicher; vgl. aber Paulus Nr. 356, wo der Jurist bei dieser Rubrik auf die via publica zu sprechen kommt. Möglicherweise aber gehören die Stellen doch zu der vorangehenden Ediktsrubrik si servitus vindicetur (Lenel S. 186).

Rubr.: Finium regundorum (Lenel S. 200, 205).
Sent. (1, 16) 1; (1, 17) 1—3.[1])

Rubr.: Familiae erciscundae (Lenel S. 200, 201).
Sent. (1, 18) 1—4.

Rubr.: Communi dividundo (Lenel S. 200, 203).
Sent. (1, 18) 5.

Rubr.: De fideiussore et sponsore (Lenel 207).
a) ad legem Publiliam (Lenel S. 211): Sent. (1, 19) 1—2;
b) ad epistulam divi Hadriani (Lenel S. 211): Sent. (1, 20) 1.

Rubr.: Si mensor falsum modum dixerit (Lenel S. 212).
Sent. (1, 20 A) 1.

Tit. XVI. De religiosis et sumptibus funerum (Lenel S. 220).

Rubr.: De sepulchro violato (Lenel S. 222).
Sent. (1, 21) 1—9; 12.[2])

Rubr.: De sumptibus funerum (Lenel S. 223).
Sent. (1, 21) 10—11; 13—16.

Tit. XVII. De rebus creditis (Lenel S. 225).

Rubr.: Si certum petatur (Lenel S. 225).
Sent. (2, 1) 1a—4; 5 (?).[3])

Rubr.: De pecunia constituta (Lenel S. 240).
Sent. (2, 2) 1—3; (2, 3) 1.[4])

---

[1]) Die drei Teilungsklagen werden in der klassischen, nicht in der nachklassischen Reihenfolge behandelt; vgl. Lenel S. 200 und meine Ausgabe der Epitome Ulpiani zu 19, 16 S. 44. — Zu Sent. (1, 16) 1 siehe Paulus Nr. 377 §4. — Zu dieser Rubrik müssen auch die das Servitutenrecht betreffenden Fragmente Sent. (1, 17) 1—3 gehören; Anknüpfungspunkt war vielleicht der Satz, daß bei Grenzstreitigkeiten die Berufung auf die Ersitzung ausgeschlossen ist: Windscheid, Pand. 1 § 182 N. 15.

[2]) Zu § 1—3 siehe Ulpian Nr. 741 § 4, 5. — §§ 10, 11 standen im Vesontinus an dieser Stelle (Cuiaz, Obs. 21, 13), müssen aber dort falsch in den Breviartext eingerückt worden sein, denn § 12 gehört noch zur Rubr. de sepulchro violato.

[3]) Ob § 5 hierher gehört, ist unsicher. Lenel, Edictum S. 230 N. 4 will ihn hierher stellen, er könnte aber auch zu der folgenden Rubr. über das Konstitut gehören: vgl. Ulpian Nr. 794, 795.

[4]) Was Sent. (2, 3) 1 unter der Überschrift 'de contractibus' über Stipulationen und insbesondere bedingte Stipulationen steht, ist ent-

Rubr.: Commodati vel contra (Lenel S. 245).
Sent. (2, 4) 1—4.

Rubr.: De pigneraticia actione vel contra (Lenel S. 246).
Sent. (2, 5) 1—2.

Rubr.: De compensationibus (Lenel S. 248).
Sent. (2, 5) 3.

Tit. XVIII. Quod cum magistro navis, institore eove, qui in aliena potestate est, negotium gestum erit (Lenel S. 248).

Rubr.: De exercitoria actione (Lenel S. 248).
Sent. (2, 6) 1.
Anhang: Lex Rhodia de iactu: Sent. (2,7) 1—5.[1]).

Rubr.: De institoria actione (Lenel S. 250).
Sent. (2, 8) 1—3.

Rubr.: Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur (Lenel S. 265).
Sent. (2, 9) 1—2.
Anhang: S. C. Macedonianum: Sent. (2, 10) 1.[2])

Rubr.: Ad Senatus consultum Vellaeanum (Lenel S. 278).
Sent. (2, 11) 1—4.

Tit. XIX. De bonae fidei iudiciis (Lenel S. 279).

Rubr.: Depositi vel contra (Lenel S. 279).
Sent. (2, 12) 1—6; 7—12.[3])

---

weder wegen der sponsio und restipulatio dimidiae partis geschrieben, die hier im Edikt verheißen war (Lenel S. 242), oder mit Rücksicht auf die Erörterung des Konstituts einer bedingten Stipulationsschuld: vgl. Paulus Nr. 442.

[1]) Dieses System, die lex Rhodia bei der actio exercitoria zu behandeln, läßt sich sonst bei den Klassikern nicht nachweisen, kehrt aber bekanntlich in den Digesten (14, 1 und 2) wieder; vgl. Kreller, Z. f. d. gesamte Handels- u. Konkursrecht 85, 273.

[2]) Das S. C. Macedonianum wurde auch in den klassischen Ediktssystemen hier behandelt; vgl. Lenel S. 265.

[3]) Wohin die in unsern Ausgaben als § 6a aufgeführte Sentenz gehört, ist ganz ungewiß: Lenel, S.-Z. 38, 288.

Rubr.: Fiduciae vel contra (Lenel S. 282).
Sent. (2, 13) 1—9.[1])
Anhang: de usuris: Sent. (2, 14) 1—7.

Rubr.: Mandati vel contra (Lenel S. 286).
Sent. (2, 15) 1—3.

Rubr.: Pro socio (Lenel S. 287).
Sent. (2, 16) 1.

Rubr.: Empti venditi (Lenel S. 289).
Sent. (2, 17) 1—16.

Rubr.: Locati conducti (Lenel S. 290).
Sent. (2, 18) 1—5.

Tit. XX. De re uxoria (Lenel S. 293).
Sent. (2, 19)—(2, 23 A).[2])

Tit. XXI. De liberis et de ventre (Lenel S. 301).

Rubr.: De agnoscendis liberis und de inspiciendo ventre custodiendoque partu (Lenel S. 301 und 302).
Sent. (2, 24) 1—10.[3])

---

[1]) So auch Lenel S. 282, Seckel-Kübler zu den Stellen. Daß hier in den vollständigen Paulussentenzen auch die lex commissoria behandelt war (vgl. Ulpian Nr. 905), zeigt die Breviar-Rubrik (XIII) de lege commissoria, die der Verfasser des Auszugs übernommen hat, ohne dazugehörige Texte aufzunehmen. (Unrichtig Örtmann, Fiducia 203.)

[2]) Im Anschluß an den Ediktstitel de re uxoria wird eine Darstellung gegeben des Rechts der Ehebegründung, der außerehelichen Geschlechtsverbindungen, des Dotalrechts sowie des Rechts der Schenkungen unter Ehegatten. Eine Ordnung nach den Ediktsrubriken ist nicht erkennbar; systematische Vorbilder boten die Ediktssysteme des Julian und Paulus: Lenel S. 293 N. 2 und 4.

[3]) Die beiden angegebenen Ediktsrubriken waren in der Darstellung der Sentenzen offenbar zusammengefaßt. Denn § 5, 6 gehört zum S. C. Plancianum und also zur Rubrik de agnoscendis liberis (Ulpian Nr. 981); § 7, 8 gehören zum Reskript der divi fratres, das Ulpian D. (25, 4) 1 pr. berichtet (nur ist im § 8 die klassische Dreizahl der Hebammen durch die Fünfzahl des Edikts de inspiciendo ventre D. 25, 4, 1, 10 ersetzt), und also zur Rubrik de inspiciendo ventre (vgl. Ulpian Nr. 983); § 9 aber gehört wieder zum Plancianum: D. (24, 3) 1 pr., vgl. Glück 28, 106 § 1287 d.

Anhang: 1. patria potestas: Sent. (2, 24 A) 1 Adoption; (2, 25) 1—5 Untergang der potestas.[1])
2. Über Ehebruch: Sent. (2, 26) 1 bis 17.[2])

Tit. XXII. De tutelis (Lenel S. 304).
Sent. (2, 27)—(2, 30 A).[3])

Tit. XXIII. De furtis (Lenel S. 312).
Sent. (2, 31) 1—37.[4])

Tit. XXIV. De iure patronatus (Lenel S. 327).
Rubr.: De operibus libertorum (Lenel S. 327).
Sent. (2, 32) 1.

Tit. XXV. De bonorum possessionibus.
Praefatio: Sent. (3, 1 A) 1—2.[5])
Rubr.: Edictum Carbonianum (Lenel S. 336).
Sent. (3, 1) 1.
Rubr.: De bonis libertorum (Lenel S. 337).
Sent. (3, 2).
Rubr.: Si quid in fraudem patroni factum sit (Lenel S. 339).
Sent. (3, 3).

Tit. XXVI. De testamentis (Lenel S. 348).[6])
1. Testamentserrichtung, Erbeinsetzung: Sent. (3, 4A) —(3, 4 B) 1—10a.[7])

---

[1]) Fragen des Kinderrechts bei der Ediktsrubrik de liberis zu behandeln, lag begreiflicherweise nahe.

[2]) Anknüpfungspunkt war wohl das dem Vater der Ehebrecherin nach der lex Julia zustehende Tötungsrecht; vgl. § 1.

[3]) Die Sentenzen enthielten offenbar eine systematische Darstellung des Vormundschaftsrechts ohne Anknüpfung an die Rubriken dieses Ediktstitels; Vorbild waren die Ediktssysteme des Julian, Gaius und Paulus: Lenel S. 304.

[4]) Auch hier ist eine Ordnung des Stoffes nach dem Edikt nicht erkennbar.

[5]) Über derartige Einleitungen in den klassischen Ediktssystemen siehe Lenel S. 330. Zu unsern Sentenzen vgl. Ulpian Nr. 1090.

[6]) Dieser Titel hat den Sentenzenverfasser zu einer freien Darstellung des Erbrechts angeregt, die nicht mehr der Ediktsordnung folgt.

[7]) Entsprechende Erörterungen finden sich hier auch in den Ediktssystemen des Julian und Gaius; vgl. Lenel S. 349.

2. Erbschaftserwerb: Sent. (3, 4 B) 11—14. Im Anschluß daran Rubr.: Quorum testamenta ne aperiantur (Lenel S. 352): Sent. (3, 5) 1—12[1]) und Indignität: Sent. (3, 5) 12a—13.[2])
3. Prätorisches Testament: Sent. (3, 5) 14—18 und (wahrscheinlich) Kodizille: Sent. (3, 5 A).
4. De legatis (Tit. XXVII Lenel S. 353): Sent. (3, 6) —(3, 8). De fideicommissis: Sent. (4,1)— (4, 4).[3]) Anhang dazu: De inofficiosi querella: Sent. (4, 5).[4])
5. Testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur (Lenel S. 350) und Rubr.: De tabulis exhibendis (Lenel S. 439): Sent. (4, 6) und (4, 7).[5])
6. Intestaterbfolge: Sent. (4, 8)—(4, 11).

Tit. XXXI. De liberali causa (Lenel S. 365).

Praefatio: Über Freilassung.

Sent. (4, 12)—(4, 14 A).[6])

Rubr.: Si ingenuus esse dicetur (Lenel S. 329).

Sent. (5, 1) 1—3; 6—9.[7])

Rubr.: Si ex servitute in libertatem petatur (Lenel S. 366).

Sent. (5, 1) 4—5.

Tit. XXXII. De publicanis (Lenel S. 374).

Sent. (5, 1 A).[8])

---

1) Anknüpfung: siehe § 1.

2) Anknüpfend an das S. C. Silanianum: siehe § 12a.

3) Auch die klassischen Ediktssysteme knüpfen an den Ediktstitel de legatis eine ausführliche freie Darstellung des ganzen Vermächtnisrechts; vgl. Lenel, Edictum S. 354.

4) Die Behandlung der Querell im Vermächtnisrecht ist singulär; vgl. Lenel S. 137, 138. Die Falcidische Quart regte unsern Verfasser an, über die Pflichtteilsquart zu sprechen. Dernburg, Pand. 3, § 147 [7].

5) Der Wortlaut des Edikts de tabulis exhibendis gab Anlaß, von der lex Cornelia testamentaria zu sprechen; vgl. Ulpian Nr. 1478.

6) Eine solche Praefatio auch im Ediktskommentar des Paulus und in den Digesten Julians: Lenel, Edictum S. 365.

7) Unser Verfasser hat die Rubr. 'si ingenuus' aus dem Patronatstitel herausgenommen und hier bei den Freiheitsprozessen untergebracht. Die §§ 6—9 (durch die Digesten überliefert) sind vor § 4 einzurücken.

8) Eine Ordnung des Stoffes nach der Reihenfolge der Rubriken dieses Titels ist nicht erkennbar.

Tit. XXXIII. De praediatoribus (Lenel S. 376).
Anhang: De possessione et usucapione.[1])
Sent. (5, 2).

Tit. XXXIV. De vi turba incendio ruina naufragio rate nave expugnata (Lenel S. 377).
Sent. (5, 3).

Tit. XXXV. De iniuriis (Lenel S. 384).
Sent. (5, 4).[2])

Tit. XXXVI. De re iudicata und

Tit. XXXVIa. De confessis et indefensis (Lenel S. 389 und 394).
Sent. (5, 5 A).

Tit. XXXVIII. Quibus ex causis in possessionem eatur (Lenel S. 397).
Rubr.: Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur (Lenel S. 399).
Sent. (5, 5 B) 1.[3])
Rubr.: Qui absens iudicio defensus non fuerit (Lenel S. 400).
Sent. (5, 5 B) 2.[4])

Tit. XLIII. De Interdictis (Lenel S. 430).
Praefatio: Arten der Interdikte: Sent. (5, 6) 1.[5])

---

[1]) Dieser Anhang findet sich auch in Julians Digesten und in den Ediktskommentaren des Gaius und Paulus: Lenel, Edictum S. 377 und 24f.

[2]) Ordnung nach den Ediktsrubriken nicht erkennbar.

[3]) So auch Lenel S. 399 N. 8.

[4]) So auch Lenel S. 400 N. 10.

[5]) Solche Einleitungen auch bei Ulpian Nr. 1459 und Paulus Nr. 745. Dem Verfasser des westgothischen Auszugs genügte die Erwähnung der Interdikte uti possidetis und utrubi in dieser Einleitung, und er nahm daher von den Texten, die bei der nun folgenden Erörterung der einzelnen Interdikte dem uti possidetis und utrubi gewidmet waren, nichts auf. Wenn unsre Handschriften vor § 3 eine Rubrik de interdicto utrubi einschalten (in manchen Handschriften übrigens utrum vi), so darf man daraus nicht etwa schließen, daß in den vollständigen Sentenzen hier das utrubi behandelt war (ein Schluß, der bei Sent. 2, 13, 6 und 5, 10 allerdings erlaubt ist). Die Darstellung der Sentenzen folgt hier, wie die Tabelle zeigt, genau der Folgeordnung des Edikts, und das Interdictum utrubi stand im Edikt nicht an dieser Stelle (vgl. Lenel S. 468).

Rubr.: Ne quid in loco sacro religioso sancto fiat (Lenel S. 440).
Sent. (5, 6) 1a.[1])

Rubr.: Ne quid in loco publico vel itinere fiat (Lenel S. 442).
Sent. (5, 6) 1b.[2])

Rubr.: Ut via publica itinereve publico ire agere liceat (Lenel S. 443).
Sent. (5, 6) 2.

Rubr.: Unde vi (Lenel S. 445).
1. De vi (non armata): Sent. (5, 6) 3—8.

Rubr.: Si uti frui prohibitus esse dicetur (Lenel S. 452).
Sent. (5, 6) 8a—8b.[3])

Rubr.: De aqua cottidiana et aestiva (Lenel S. 461).
Sent. (5, 6) 9.[4])

Rubr.: A quo servitus petetur sive ad eum pertinere negabitur, si rem nolit defendere (Lenel S. 463).
Sent. (5, 6) 8c—8f.[5])

Rubr.: De precario (Lenel S. 466).
Sent. (5, 6) 10—12.

Rubr.: De arboribus caedendis (Lenel S. 467).
Sent. (5, 6) 13.[6])

Rubr.: De homine libero exhibendo (Lenel S. 467).
Sent. (5, 6) 14.[7])

Rubr.: De liberis exhibendis item ducendis und De liberto exhibendo (Lenel S. 468).
Sent. (5, 6) 15—16.[8])

Diese Rubrik 'de interdicto utrubi' muß ursprünglich 'de interdicto unde vi' gelautet haben.

[1]) Vgl. Lenel S. 441. Die §§ 1a und 1b stehen in unsern Ausgaben an der falschen Stelle; sie gehören hinter § 1. Da es sich um Digestenstellen handelt, so haben wir für die Einordnung Freiheit.

[2]) Vgl. Lenel S. 442 N. 8. [3]) Vgl. Lenel S. 452 N. 9.

[4]) Vgl. Ulpian Nr. 1571 § 26.

[5]) Auch diese Stücke (Digestenstellen) stehen in unsern Ausgaben nicht an der rechten Stelle.

[6]) Vgl. Lenel S. 467 N. 7. [7]) Vgl. Lenel S. 467 N. 12.

[8]) Vgl. Lenel S. 468 N. 6.

Tit. XLV. De stipulationibus praetoriis (Lenel S. 493).

Praefatio: Allgemeines über Stipulationen: Sent. (5, 7)—(5, 8).[1])

Rubr.: Pro praede litis et vindiciarum (Lenel S. 496).

Sent. (5, 9) 1—2.[2])

Rubr.: Iudicatum solvi (Lenel S. 509).

Sent. (5, 9) 3.

Rubr.: De conferendis bonis et dotibus (Lenel S. 511).

Sent. (5, 9) 4.[3])

Rubr.: De auctoritate (Lenel S. 517).

Sent. (5, 10) Rubr.[4])

Rubr.: De damno infecto (Lenel S. 526).

Sent. (5, 10) 1—2.[5])[6])

---

[1]) Auch im Ediktskommentar des Paulus wird hier einleitungsweise die ganze Stipulationslehre vorgetragen: Lenel, Edictum S. 494.

[2]) Vgl. Lenel S. 500, 501 N. 2, 503 ff.

[3]) Vgl. Lenel S. 511 N. 6.

[4]) Text zu dieser Rubrik hat der Verfasser des Auszugs nicht aufgenommen; vgl. Seckel-Kübler zu der Stelle.

[5]) So auch Seckel-Kübler.

[6]) Mit dem folgenden Titel 11 de donationibus beginnt der zweite Teil der Sentenzen. In den klassischen Digestensystemen beginnt der zweite Teil zwar mit einem Abschnitt de legitimis heredibus, dem dann erst der Abschnitt de donationibus ad legem Cinciam folgte (P. Krüger, S.-Z. 7, 2. Heft, S. 103; Lenel, Paling. 2, 1255; H. Krüger S.-Z. 37, 313), aber über die gesetzliche Erbfolge hatte unser Verfasser schon bei Gelegenheit des Titels de testamentis gehandelt (4, 8—4, 11, 4, 11).

IV.

Romanistische Studien.

Von

Herrn **Gerhard Beseler**
in Kiel.

Zusammenfall in einer Person von Hauptschuld und Bürgschaftsschuld.

Die Bürgschaftsschuld erlischt, weil niemand sein eigener Bürge sein kann. Das Dogma, daß die stärkere obligatio weiterlebt, ist byzantinisch.

(42. 6) 3^{p} Pap 27 quaest. — [, quae maior fuit,] —. — Maior fuit ist falsch. — Vielleicht ist neque rell unecht.

(45. 2) 13 Ven 3 stip. [—.] — Altero statt alteri. — Quidem — vero. — Esse possit statt est. — Die Stelle ist ein byzantinischer Auszug aus (46. 1) 5 Ulp 46 Sab, wozu unten. Zu bescheiden Z 1925 484.

(46. 1) 5 (19. 1) 10 Ulp 46 Sab. [Generaliter] Iulianus ait eum, qui heres exstitit ei, pro quo ⟨adpromiserat⟩ [intervenerat], liberari ex causa accessionis et solummodo quasi heredem rei teneri [—]: reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. [—] item si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, ⟨ex duabus eum causis reum promittendi obligatum habiturum⟩ [—]. plane si ex altera earum egerit, utramque ⟨eum consumturum⟩ [—]. Non ⟨idem esse, si⟩ [—] is qui ⟨aliquem⟩ [venditorem] obligatum habebat ei qui eundem ⟨ex alia causa de eadem re⟩ [venditorem] obligatum habebat heres exstiterit ⟨. nam⟩ [—] duas ⟨quidem⟩ esse actiones [—], propriam et hereditariam, ⟨sed alteram per alteram non consumi.⟩ [et] debere ⟨autem⟩ heredem institutum, si velit separatim ⟨utraque⟩ [—] uti, ante aditam hereditatem ⟨reum ut⟩ proprium ⟨debitorem⟩ [venditorem] convenire, deinde adita hereditate ⟨ut⟩ hereditarium: quod si prius adierit hereditatem, ⟨exceptionem rei residuae locum habituram⟩ (siehe Levy) [—].

Zuletzt zu den beiden Stellen Levy Konkurrenz I 1918 456sqq. — Generaliter ist immer verdächtig. — Intervenerat ist zu weit. — Denique — liberari ist überflüssig. — Exstiterit nach scripsit. — Quasi reum statt quasi heredem

rei. — Quam peremat statt alteram peremat. — Rei obligatio plenior est ist falsch. — Ubi statt si. — Cum sint statt cum sunt oder si sint. — Eiusdem potestatis paßt nicht: auch obligatio rei und obligatio fideiussoris sind eiusdem potestatis. — Consumeretur statt consumatur. — Refert — sustinet ist kraus und wiederholt. — Species = Fall. — Ostendere. — Non est novum ist wahrscheinlich überall unklassisch. — Obligationem sustinere ist ungewöhnlich. — Duas species obligationis ist unverständlich. — Videlicet ist stets verdächtig. — Natura! — Falsche Verbalformen hinter quia. — Siehe auch Levy, der aber zu wenig streicht.

(46. 1) 14 Iul 47 dig. ⟨Si reus promittendi fideiussoris bona emerit. creditor Serviana formula, qua ficto bonorum emptore herede agitur, uti non potest, nam⟩ Cum reus promittendi fideiussori suo ⟨re vera⟩ heres exstitit, obligatio fideiussoria peremitur. quid ergo est? ⟨aut Rutiliana formula experiendum est aut⟩ tamquam a reo debitum pet⟨e⟩[a]tur et, si ⟨ea⟩ exceptione [—] usus fuerit, ⟨quae adpromissoribus denegari solet,⟩ in factum replicatio dari debebit [—].

Zur Sache L Pal. Dort streiche man in Note 5 das Wort defuncti.

(46. 1) 21 [1] Afr 7 quaest. ⟨Fieri potest, ut adpromissor⟩ [—] duabus — ⟨quis sponsor⟩ acceptus — utraque ⟨sponsione obligatus erit. sed⟩ [obligatur,] —. — Die Redensart non est novum ist hier sinnlos. — Non est novum, ut ist kein Latein. — Hinter utraque fehlt etwas: offenbar haben die Kompilatoren das Wort sponsione gestrichen. — Zum ersten Falle: Novation tritt nicht ein, weil der Wortlaut der zweiten Stipulation nicht auf den Inhalt der ersten Bezug nimmt (quod mihi sub die debes, id mihi nunc dare spondes? spondeo). Der Satz qui bis idem eidem promittit — (Z 1922 426sqq) findet wegen der diei detractio keine Anwendung.

(46. 1) 21 [2] Afr 7 quaest. Servo tuo pecuniam credidi: eum tu manumisisti: deinde eundem fideiussorem accepi. ⟨nisi actionis nomine fideiusserit⟩ [—], quae adversus te intra annum sit, ⟨non⟩ obligari eum ait ⟨, quoniam nemo⟩ [—] pro se fideiubendo obligetur. quod si [hic] servus manumissus fideiussori suo heres existat, ⟨peremta civili obligatione⟩ [—] naturalem obligationem mansuram, ⟨quoniam⟩ [—], cum reus fideiussori heres existat, ⟨manente principali obligatione⟩ fideiussoria obligatio tollatur ⟨. idem dicendum esse,⟩ [—] si fideiussor

servo manumisso heres exstiterit, ⟨quoniam⟩ [—] et naturaliter teneatur nec pro se quis fideiubere ⟨aut fideiussor esse⟩ possit.

Vgl Siber Naturalis obligatio 1925 13. — Si quidem — sin vero. — In obligationem fideiubere. — Obligatio adversus aliquem est. Vgl Albertario La cosidetta honoraria obligatio estr Rend Ist Lomb 1926 13. — Potius, ut. — Intellegi, ut. — Hic = ὁ ist im Lateinischen überflüssig. Ein Byzantiner hat das Wort zugesetzt um klarzustellen, daß es sich um denselben servus manumissus handelt, den nämlich, von dem im Eingang gesagt ist, daß er als Sklave ein Darlehen empfangen hat. — Causam fideiussionis statt obligationem fideiussoris. — Putavit paßt nicht zu den Präsentien. — Si obligatio civilis pereat: Wodurch? Durch Prozeßkonsumtion? Dann bliebe doch hinter der civilis obligatio fideiussoris eine naturalis obligatio nach, die neben der anderen eine zweite wäre und auch ohne jener Dasein die repetitio soluti ausschlösse. — Reus statt reus, qui civiliter obligatus est. — Obligatio cum aliquo est. — Potest statt possit. — Retro quoque.

(46. 1) 21[4] Afr 7 quaest. [—] eum, qui pro te ⟨spopondit, cum et tu et Titius eiusdem pecuniae rei essetis⟩ [—], posse et pro Titio ⟨spondere⟩ [—], quamvis eandem pecuniam eidem debiturus sit: nec [tamen] inanem eam ⟨sponsionem⟩ [—] futuram: ⟨nam si tibi⟩ [—] heres existat ⟨,⟩ [—] confusa prima obligatione posteriorem duraturam.

Hinter eam ergänzt Mo fideiussionem. Natürlich hatte sponsionem dagestanden. Es ist schon an sich wahrscheinlich, daß Julian die ältere sponsio statt der jüngeren fideiussio als sein Demonstrationsobjekt wählte. Durch die Lücke wird es sicher. — Tunc enim. — Die sachlich unwesentliche Umstellung im Eingange macht das Tempus von essetis richtig. Respondit muß wegen sit und existat fallen. Nach Einlassung des in direkter Rede sprechenden unechten § 3 empfand der Kompilator die Notwendigkeit, der indirekten Rede des § 4 ein verbum regens zu geben.

(46. 3) 38[5] Afr 7 quaest. Zum ersten Falle: Natürlich: ea pecunia, quae debita fuit, neque soluta neque eo nomine satisfactum est.

(46. 3) 93 Scae sing quaest publ tract: Z 1924 360. Zu § 3: Proculus hat den sabinianischen Satz wahrschein-

lich in Wirklichkeit nicht distinguendo sondern überhaupt geleugnet.

(46. 3) 95[3] Pap 28 quaest. Daß diese Stelle stark überarbeitet ist, liegt auf der Hand. Rekonstruktionsversuch: Quod volgo iactatur sponsorem, qui debitori heres extitit, ex causa sponsionis liberari, totiens verum est, quotiens manet principalis obligatio: nam si sponsor hominem a debitore promissum occiderit, quamvis debitori heres extiterit, non liberabitur. non idem dicendum est, si debitor iuris praetorii habuit defensionem: nam si quis minori viginti quinque annis pecuniam credidit eamque ab eo stipulatus est isque nummos acceptos perdidit et intra annum decessit, auxilium in integrum restitutionis sponsori, qui adulescenti heres extitit, salvum est. Zu nam si sponsor — liberabitur siehe Z 1925 199, 237. Riccobono Mél Cornil 1926 309[1] verkennt, daß aus Gai 3[126] nicht folgt, daß die sponsio in unserem Sinne akzessorisch ist, wie es die fideiussio wirklich ist, sondern nur, daß eine sponsio, durch die mehr versprochen wird als der Hauptschuldner versprochen hat, nichtig ist. Meine Argumentation aus dem Wortlaute der sponsio scheint mir auch heute noch schlagend.

Si is, qui navem exercuerit, in patris dominive potestate fuerit eiusque voluntate navem exercuerit.

Valeri Plures exercitores Rivista dir comm 1923 15sq, 22sqq, Wlassak SAWien 202 (1924) 3. Abh 175[49]. — Der Satz, daß wie die Magisterbestellung Vollhaftung des Reeders, so die voluntas patris dominive, cuius voluntate filius familias servusve navem exercet, Vollhaftung des Gewalthabers trägt, ist eine nachklassische Doktrin, die, vielleicht in nachklassischen Kaiserreskripten wurzelnd, schon in die Sentenzen des Paulus eingegangen ist. Oder gehört das in solido von Paul 2. 6. 1 den Westgothen? In klassischer Zeit trägt jene voluntas eine actio tributoria.

Paul 2. 6. 1. Filius familias si voluntate patris navem exerceat, patrem in solido ob ea, quae salva receperit, obligat.

Solido statt solidum. Seltsame Wortstellung: man würde erwarten: patrem ob — in solidum obligat.

(4. 9) 3 [3] Ulp 14 ed: B IV 261. Ich füge hinzu: Voluntas intervenit: worauf bezieht sich die voluntas? auf das receptum? — Teilweise anders Biondi Actiones noxales 1925 151 [3].

(4. 9) 7 [6] Ulp 18 ed. Haec iudicia quamvis honoraria s⟨i⟩[u]nt, tamen perpetua sunt: in heredem ⟨quoque⟩ [autem non] dabuntur. proinde et si servus navem exercuit et mortuus est, de peculio [non dabitur] actio in dominum [nec] intra annum ⟨datur⟩. [sed cum voluntate patris vel domini servus vel filius exercent navem vel cauponam vel stabulum, puto etiam hanc actionem in solidum eos pati debere, quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint.]

Cum statt si. Servus vel filius statt filius vel servus. Exercent statt exercet. Eos: servum et filium? Actionem pati ist verdächtig. Zu quasi rell Valeri 16 [4]. Vgl auch Biondi Actiones noxales 1925 147. Anders über den zweiten Satz der Stelle Biondi 151 [1].

(14. 1) 1 [19–23] Ulp 28 ed. ⟨Ait praetor:⟩ Si is, qui navem exercuerit, in ⟨patris dominive⟩ [aliena] potestate ⟨fu⟩erit eiusque voluntate navem exercuerit, ⟨ex eo,⟩ quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is ⟨fu⟩erit qui navem exercuerit, iudicium ⟨dabo. —⟩ [datur. Licet autem datur actio in eum, cuius in potestate est qui navem exercet, tamen ita demum datur, si voluntate eius exerceat. ideo autem ex voluntate in solidum tenentur qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet. at institorum non idem usus est: ea propter in tributum dumtaxat vocantur, qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur. sed si sciente dumtaxat, non etiam volente cum magistro contractum sit, utrum quasi in volentem damus actionem in solidum an vero exemplo tributoriae dabimus? in re igitur dubia melius est verbis edicti servire et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem.] et ita videtur et Pomponius significare[, si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari, si minus, in peculium]. In potestate autem accipiemus utriusque sexus vel filios vel filias vel servos vel servas. Si [tamen] servus peculiaris volente filio familias in cuius peculio erat, vel servo ⟨volente⟩ vicarius eius navem exercuit, pater dominusve [, qui voluntatem non accommodavit,] dumtaxat de peculio tenebitur [, sed filius ipse in solidum. plane si voluntate domini vel patris exerceant, in solidum tenebuntur et praeterea et filius, si et ipse voluntatem accommodavit, in solidum erit obligatus]. ⟨Praetor ait:⟩ [Quamquam autem, si] cum magistro eius gestum ⟨.⟩ [sit, dumtaxat polliceatur praetor actionem, tamen, ut Iulianus

quoque scripsit, etiam] si cum ipso exercitore sit contractum, pater dominusve ⟨utili actione conveniri poterit. et ita Iulianus quoque scribit⟩ [in solidum tenebitur].

Zu aliena Valeri 16[2]. Aliena — eius: diese stilistische Nachlässigkeit ist im Edikte des Prätors unmöglich. Bei Profanschriftstellern kommt dergleichen vor, z B in Plaut Asinar 548, wozu Leo zitirt Cic in Vatin 29 nostra acta, quos tyrannos vocas. Ich füge hinzu Caesar bell Gall 1. 40. 5 factum (eius hostis periculum) etiam nuper in Italia servili tumultu, quos tamen aliquid usus ac disciplina quam a nobis accepissent, sublevarent. — Ex voluntate tenentur! — Ad summam rem publicam statt ad maximum usum publicum. — Der Gegensatz navium exercitio — institores ist schief. — Cum eo statt cum institore eius. — Die rechtspolitische Erwägung ist von fragwürdiger Überzeugungskraft. — Die Unterscheidung von scientia und voluntas ist in der hiesigen Angelegenheit unsinnig. — Damus! Dabimus! — Melius est! — Verbis servire! — Scientiam onerare! — Solam et nudam! — In navibus sollte vor scientiam stehen. — Voluntatem extendere ad solidi obligationem! — Aliena — eum! — Voluntate gerat statt v eius g. — Obligari in peculium!

(14. 1) 1 [25] 4 Ulp 28 ed. Si plures navem exerceant ⟨et eundem magistrum fecerint⟩, cum quolibet eorum in solidum agi potest. [Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videntur. Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, huius nomine in solidum poterunt conveniri.] Sed si servus plurium navem exerceat voluntate eorum, ⟨—⟩ [idem placuit quod in pluribus exercitoribus. plane si unius ex omnibus voluntate exercuit, in solidum ille tenebitur. et ideo puto et in superiore casu in solidum omnes teneri]. Si servus sit, qui navem exercuit voluntate domini, et alienatus fuerit, nihilo minus is qui eum alienavit tenebitur. proinde et si decesserit servus, tenebitur: nam et magistro defuncto tenebitur. Hae actiones perpetuo et heredibus et in heredes dabuntur: proinde et si servus, qui voluntate domini ⟨navem⟩ exercuit, decessit, etiam post annum dabitur haec actio, quamvis de peculio ultra annum non detur. (Vgl Z 1925 463.)

(14. 1) 6 Paul 6 brev. Si servus [non] voluntate domini navem exercuerit, [si sciente eo, quasi] tributoria, si ignorante ⟨domino⟩, de peculio actio dabitur. Si communis servus voluntate dominorum exerceat navem, in singulos dari debebit ⟨—⟩ [in solidum] actio.

Rückgabe von Dotalgut in währender Ehe.

Bechmann Dotalrecht II 153, B II 74, Bonfante Corso I 1925 335.

(11. 7) 27[1] Ulp 25 ed. Maritus ⟨hac formula recte⟩ [—] convenietur. ⟨et⟩ si mulieri ⟨manente⟩ [in] — vera est [—].

(23. 3) 71[1] Paul 2 sent. Manente matrimonio [—] uxori [—] dos reddi ⟨non⟩ potest [—].

(23. 3) 85 Scae 8 dig. —. respondit ⟨non recte solvi⟩ [—]. Das angebliche Responsum des Scae ist dunkel. Vgl Bonfante 336[7].

(24. 3) 20 Paul 7 Sab. Quamvis mulier [non] — emat, ⟨non⟩ [—] recte ei solvitur [—].

(33. 4) 1[5] Ulp 19 Sab. Adeo autem ⟨rei uxoriae⟩ [dotis] — uxori [—] solverit, ⟨non⟩ cesset legatum.

Erst jetzt ist der Ausdruck adeo, ut begreifbar.

C Th (3. 13) 3 = C (5. 19) 1 (mit zwei Emblemen) Hon et Theod 422.

Immanente Pupillarsubstitution.

Windsch III § 559[10] und die dort Zitirten, besonders H Pernice, dessen Kritik der lex lata trotz W zutrifft.

(28. 6) 4 Mod sing heur. — div⟨orum⟩[i] (Mo) —. ⟨Item⟩ [Quod — nam] —. Sed ⟨et⟩ — ⟨utrumque⟩ [vulgarem tantummodo] casum ⟨alterius⟩ — constitu⟨erunt⟩[it] (Mo) [—].

Incongruens. — Incongruens, ut. — Hoc itaque rell: Erteilung von praktischen Ratschlägen, dazu noch von überflüssigen, ist nicht Gewohnheit der Klassiker. — Itaque nachgestellt. — Singulis — debebit: auch wenn er paritätisch substituiren will? — Debebit statt debet. — Substituere, ut substituatur. — Ne paßt nicht hinter quo casu — videbitur. — Voluntas defuncti! — Refragari. — Substituat statt substituere debet.

(28. 6) 45[p] Paul 12 resp. — [Titianus] — [Titium] —. respondi ad ⟨utrumque⟩ [primum] casum [—] substitutionem de qua quaer⟨ere⟩-[i]tur pertinere [—].

Cum poterit. — Et ideo. — Hereditas pertinet statt hereditatem pertinere.

C (6. 21) 6 Alex 225. ⟨Anfrage mit Tatbestandsbericht.⟩ (Reskript:) [In — fuit,] — [eisdem verbis] — ⟨utrumque⟩ [eum solum] casum ⟨alterius factam videri substitutionem⟩ [—] et sententiis — ⟨probatum est⟩ [placet —]. Sed cum — proponas [—], iuris [—] ratio ⟨eo magis⟩ manifesta est ⟨, quod licet⟩ [—] militibus [—] etiam —. [Sed —.]

Das Stück defuncta — contendas ist hinter proponas unerträglich. Es ist Ersatz für die weggeschnittene Anfrage. — Non miles fuit statt miles non fuit. — Placet. — Placet paßt nicht zu facta esset. — Placet sententiis et constitutionibus! — Quo ist zu weit von casum entfernt. — Quo statt in quem. — An — senserit statt fratrem tuum ita sensisse.

C (6. 26) 2 Sev et Ant 204. Hereditatem [—] intestati filii delatam tibi ⟨non esse⟩ dubitari non oportet. substitutio⟨nem⟩ enim testamento patris facta⟨m⟩ ad ⟨utrumque casum pertinere⟩ [—] divus Marcus pater constituit. ⟨filio autem impubere et alio non eiusdem condicionis heredibus institutis et invicem substitutis in filio idem servari debet.⟩

Ad pubertatis tempora porrigi ist unverständlich. — Idem: in unum casum dumtaxat ei substitui posse? Das ist selbst nach justinianischem Rechte falsch. — Ratio suadet!

C (6. 26) 4 Alex 225. ⟨Divus Marcus constituit⟩ [—] substitutionem impuberi[s] — fu[er]it — decessit [—]: cum ⟨igitur⟩ [tamen] — ⟨filio in utrumque⟩ casum factam substitutionem [—].

Quamvis placuerat! — Cum tamen statt tamen, cum.

Impossibilis condicio und cautio Muciana.

Mucius hat selbstverständlich wie Socinus nicht den Beurteilern von Testamenten sondern den Testirenden einen Rat erteilt. Titio, si in Capitolium non ascenderit. Diese Bedingung ist eine condicio impossibilis: siehe nachher zu (28. 7) 16. 20. Schreibe also, Testator: Titio, si caverit se legatum, si in Capitolium ascendisset, cum fructibus restituturum. Das ist der Rat des Mucius.

Labeo und die Sabinianer streichen die impossibilis condicio, gewähren aber dem Erben gegen den Legatar, der nicht ad exemplum Mucianae cautionis (so lautet der

korrekte Ausdruck und so redet Papinian) kavirt, eine exceptio doli, weil der fordernde aber nicht kavirende Legatar contra voluntatem defuncti verstößt.

In dem Falle Titiae, si non nupserit findet die exceptio doli nicht statt, weil hier die Bedingung nicht nur impossibilis sondern auch moralwidrig und gesetzwidrig ist.

(28. 7) 4^{1} Ulp 8 Sab. — alienaverit, ⟨non⟩ [—] sub — videri ⟨, quia ante mortem eius servus decedere possit⟩ —.

(28. 7) 16 Marcian 4 inst. ⟨'Si Titius heres erit, Seius heres esto.' Iulianus⟩, [—] scribit, cum condicio existere non possit ⟨, pro non scripta eam habendam. 'si Titius heres erit, Seius heres esto: si Seius heres erit, Titius heres esto.' idem scribit utramque institutionem inutilem esse. nam posse quidem altera condicione pro non scripta habita alteram existere. sed utra magis pro non scripta habenda sit, incertum esse.⟩

Institutionem statt utramque institutionem. — Condicio possit statt condiciones possint. — Die überlieferte Entscheidung des überlieferten Falles ist mit der Lehre des Sabinus nicht vereinbar. — Über das Motiv dieser Lehre Savigny System III 200sq. Schwerlich gründeten Sabinus und seine Vorläufer ihre kühne Entscheidung auf ihre eigene Machtvollkommenheit. Die Regeln von (34. 5) 24 Marcell 11 dig (de Medio Kr) (45. 1) 80 Ulp 74 ed, an die Savigny 199 erinnert, gehören Justinian. Auch (35. 1) 19^{p} Ulp 5 disp und eod 101^{p} Pap 8 resp sind sicher verfälscht. Wahrscheinlich stützte sich Sabinus auf ein Präjudiz der Centumviri, die ja auch die causa Curiana aus analogem Motiv (Berücksichtigung des wirklichen Willens) und mit analoger Kühnheit entschieden. Proculus wird diesem Präjudiz die Allgemeingültigkeit abgesprochen haben. Die ratlose Bemerkung Gai 3^{98} et sane rell stammt nicht aus klassischer Feder: Z 1925 477. — Gegen das Urteil 'wenn Seius so eingesetzt ist: si Titius heres erit, Seius heres esto, kann die Bedingung nicht eintreten' wende man nicht ein, Titius könne in einem späteren Testamente eingesetzt werden: geschieht das und tritt Titius an, so wird zwar Titius Erbe, ist aber seine Erbewerdung kein (lebendigmachender) Eintritt der Bedingung, weil das erste Testament seit Errichtung des späteren tot ist. Vgl zu der nächsten Stelle. — Man sage auch nicht (wie mir wirklich

gesagt worden ist), die Bedingungen des Falles von 16 seien deshalb nicht impossibiles, weil Seius und Titius unisono zerniren können. Wenn Zwei gleichzeitig zerniren, werden sie, wenn überhaupt, gleichzeitig Erben, nämlich unmittelbar nach Vollendung der Doppelkretion. Seius aber wie Titius kann nur dann Erbe werden, wenn der andere schon Erbe ist, schon vorher Erbe geworden ist. Schlimmer noch: Seius wie Titius kann nur dann wirksam zerniren, wenn die seiner Einsetzung beigefügte Bedingung schon vor dem Beginne seines Kretionsaktes eingetreten ist oder vor der Vollendung dieses Aktes eintritt. Niemand kann nondum impleta condicione wirksam zerniren, weil er nondum impleta condicione noch gar nicht Delatar ist. Dieser Satz erleidet einzig für den Fall eine Ausnahme, wo der Kretionsakt als solcher (oder die pro herede gestio als solche) die Einsetzungsbedingung ist: Gai 2[165] (vgl Z 1922 536). Psychologische Ursache dieser Ausnahme: der Fall, wo der Vollzug des Kretionsaktes oder der pro herede gestio condicio iuris ist, war Vorlage und Muster, und es wirkte auch der Wunsch die ersprießliche institutio cum cretione zu retten.

(28. 7) 20 Lab 2 post a Iav epit. — ⟨dotis dictione⟩ [dote promissam] — ⟨dixisset, vir⟩ [promisisset] —. ⟨putavit⟩ [puto], si — ⟨dotis dictione⟩ [dote] sibi deberetur, ⟨ceteris heredibus vel quibusdam ex eis moram facientibus⟩ [statim eum] heredem ⟨eum⟩ futurum. quod si solus heres institutus esset ⟨,⟩ [—] statim — es⟨se⟩t. Si quis hereditarium — [: sed —]. Si quis — [, dummodo —].

In dem Falle quod si solus heres institutus esset liegt wirklich eine impossibilis condicio vor. Gewiß kann das bedingende Ereignis eintreten, ist es sogar wahrscheinlich, daß es eintreten wird: es ist wahrscheinlich, daß der Mann die Erbschaft nicht ausschlagen und also das Geld nicht fordern und nicht beitreiben wird. Daß er das nicht tut, ist aber erst im Augenblicke seines Todes sicher. Erst mit seinem Tode tritt das bedingende Ereignis als ein sicheres Ereignis ein. Ein Toter aber kann nicht mehr antreten. Eine Bedingung aber, die zwar im natürlichen Sinne eintreten, aber eintretend die durch sie bedingte Verfügung unmöglich lebendig machen kann, ist im juristischen Sinne

eine Bedingung, die nicht eintreten kann, ist ebensosehr wie eine Bedingung, die überhaupt nicht eintreten kann, eine impossibilis condicio. Vgl vorhin zu eod 16 Marcian 4 inst. In (35. 1) 7[1] Ulp ⟨8⟩ [18] (L) Sab ist außer vel cavere und caveat (lies denuntiet) auch iure ipso rell unecht. Dies Stück enthält, wie Vangerow II § 436 III 2 b erkannt hat, denselben Fehler, den V mit Recht an Arndts rügt, dem Savigny System III 158, 159 zustimmt. Weitere Unechtheitsanzeichen: Iure ipso statt ipso iure. Iure ipso = ohne weiteres. Eo, quod statt quia. Ipse adeundo statt quia ipse adiit. Vgl H Krüger Mél Girard 1912 II 32[21] und dort Zitirte. — Dieselbe Art von impossibilis condicio wie in 20 ist gemeint in (28. 5) 51[1] Ulp 6 reg. Diese Stelle ist von nachklassischer Hand verkürzt und in den Worten secundum omnium sententiam von Trib interpolirt. In (45. 1) 7 Ulp 6 Sab streiche cum in faciendum concipitur und aliter rell. Lex 51[1] und lex 7 waren im Urulpian beieinander: der Hersteller der regulae Ulpiani hat 51[1] aus Ulp 6 Sab genommen. — Lex 20 beweist, daß (46. 4) 12 Pomp 26 Sab trotz Vassalli und Riccobono Studi Perozzi 352sq Richtiges sagt: im ersten Falle von 20 ist seit der acceptilatio zwischen dem Manne und den ceteri heredes, nur dann sicher, daß der Mann niemals (erfolgreich) fordern wird, wenn die acceptilatio auch diejenigen Forderungsquoten ergreift, welche die ceteri heredes etwa durch des Mannes Erbschaftsausschlagung hinzuerwerben werden und welche ihnen vorher bedingt gehören (vor ihrem Erbschaftsantritt gehören sie ihnen noch nicht einmal bedingt).

(31) 76[7] Pap 7 resp: wahrscheinlich Randsumme. Vgl unten unter Einzelne Stellen zu (19. 1) 36 Paul 7 Plaut.

(32) 14[p] Gai 1 fid. [— quin,] — [, si nupserit,] —.

(35. 1) 7[p] Ulp ⟨8⟩ [18] (L) Sab. ⟨Eae condiciones, quae nisi morte heredis instituti existere non possunt⟩ [—], ut puta 'si in Capitolium non ascenderit' ⟨, quasi impossibiles pro non scriptis habendae sunt⟩ [—]: et ita —. [nec —.]

(35. 1) 7[1] Ulp ⟨8⟩ [18] (L) Sab: siehe vorhin zu (28. 7) 20.

(35. 1) 18 Gai 18 ed prov. [—.] Levy Z 1903 127sqq.

(35. 1) 22 Iul 35 dig. — ⟨, condicio pro non scripta habetur. si⟩

[et] eiusdem fidei commissum sit [—] et [si] nupserit, ⟨ille recte ait⟩ legatum eam petere posse ⟨, sed⟩ [et] —.

Natürlich: die Bedingung si mulier non nupserit ist Bedingung auch des Fideikommisses und insofern sie das ist nicht nur nicht gesetzwidrig sondern auch nicht impossibilis: man kann auch post mortem legatarii fideikommittiren.

(35. 1) 42 Afr 2 quaest. — ⟨sub impossibili condicione⟩ [magis patri] — ait [—] idem — legetur [—] (Unsinn).

(35. 1) 67 Iav 11 epist. — si manumis⟨isse⟩[eri]t —. quaero, ⟨quid iuris sit⟩ [—]. respondit: si ⟨is,⟩ cui ita legatum er⟨a⟩[i]t —, satisdatione interposita [accipere] ab herede legatum ⟨acceperit⟩ [poterit] et [, si] — est restituet ⟨, Maevio heres tenebitur⟩ [eoque casu —].

Aliquid statt legatum. — Detur statt debeatur. — Accipere statt petere. — Da der Legatar satisdedit et legatum accepit, ist der angebliche Bescheid satisdatione — poterit unbegreiflich. Obendrein ist er falsch. — Eoque casu: nein, nicht nur dann. — Sequenti statt sequente. — Legatum ex condicione debetur! — Debuerit statt debet.

(35. 1) 72$^{p\,1}$ Pap 18 quaest: Z 1925 448.

(35. 1) 72^{2} Pap 18 quaest. — [ante — cautionis] (B IV 323) locum ⟨habet⟩ [—], quoniam — ⟨non potest⟩ [potuit].

(35. 1) 73 Pap 19 quaest: Z 1925 449.

(35. 1) 74 Pap 32 quaest: Z 1925 449.

(35. 1) 77^{1} Pap 7 resp: Randsumme. Si rell ist unklassischen Stiles.

(35. 1) 77^{2} Pap 7 resp. — est. ⟨propter fideicommissum etiam legatum pro puro accipiendum est⟩ [—]: remoto — [legatarius] — ⟨locum⟩ non habebit.

Zu remoto vgl Cicero ad Brutum 1. 13. 2 remota necessitudine privata = 'unter Wegdenkung der Freundschaftsbeziehung'.

(35. 1) 79^{2} Pap 1 def. — [si — fecerit,] — ⟨de⟩ hoc —.

(35. 1) 79^{3} Pap 1 def. [Quamvis] — ⟨legatur⟩ [legetur —]. Zu bescheiden Z 1925 449.

(35. 1) 100 Pap 7 resp. — mulier. ⟨trecenta petere potest⟩ [—]. Zu bescheiden B III 153.

(35. 1) 101^{3} Pap 8 resp. —: [divortio —] respondi [.] nec ante ⟨mortem viri⟩ — cedere [—] nec — ⟨posset⟩ [possit] —.

Quam mori coeperit nupta vel maritus: falsch. — Zu konservativ Z 1925 475.

(35. 1) 103 Paul 14 quaest. — [transmittat] legatum ⟨non transmittet⟩, quia ⟨morte eius⟩ [moriente eo] —.

Transmittat ist coniunctivus iussivus und Befehl des Gesetzgebers Justinian. — Moriente eo ist falsch. — Eine impossibilis condicio liegt nicht vor: post decem annos ist das satis exigere unmöglich, weil das Legat dann ein legatum purum ist.

(35. 1) 106 Iul ⟨35⟩ [25] (L) dig: Z 1925 475. Zusätze: 1. Sed et rell widerspricht der Entscheidung perinde — fuisset. 2. Nihilo minus bedeutet bei den klassischen Juristen 'trotzdem', nicht 'ebenso, wie in jenem Falle'.

(36. 1) 67[1] Maec 5 fid. Si testator rogasset heredem, ut [—] hereditatem mulieri, si non nupsisset, ⟨restitueret,⟩ [—] compellendum heredem [—] hereditatem adire et restituere eam mulieri, etiamsi nupsisset ⟨, Iulianus scripsit.⟩ [—.]

(40. 4) 17[p] Iul 42 dig. — ⟨valet, quia impossibilis condicio pro non scripta habetur. si ita scriptum sit:⟩ [ita accipienda est] — [isto enim modo] —.

Anders Z 1922 420. — Analog verfälscht ist (35. 1) 29 Iul 1 Urs Fer. Recipienda statt accipienda.

(40. 4) 61[p] Pomp 11 epist. [—] Iulianus — ⟨.⟩ [, cum — etiam] — ⟨condicionem quasi impossibilem pro non scripta habendam esse⟩ [nullius —]. (Anders Z 1922 420.)

(40. 7) 4[1] Paul 5 Sab. Non est statuliber, ⟨quem⟩ [—] cum moreretur liberum esse ⟨testator iussit:⟩ [—] et ita Iulianus scribit [—].

Legatum debiti und relegatio dotis.

Gai 4[9]. — [; quod —]. — Accidit per actionem ist kein Latein. — Actionem statt actiones. — Aut: Disjunktion statt Konjunktion. — Der Satz legis Aquiliae actione rem et poenam persequimur ist trotz Levy Privatstrafe 1915 23 falsch. Zu (17. 2) 50 Paul 6 Sab Z 1924 369, zu (39. 2) 7[1] Ulp 53 ed später sv contingere, zu (44. 7) 34[2] Paul sing conc act Z 1924 370, zu (47. 10) 7[1] Ulp 57 ed B IV 189. — Statt des überlieferten certe relictae ist sicher mit den Herausgebern certa relicta zu lesen. Ist certa

sachlich richtig? Dawider sprechen die innere Wahrscheinlichkeit und Gai 2 [282] 4 [171] Paul 1. 19. 1, in welchen Stellen höchst auffälliger Weise das Wort certa fehlt. Dafür scheint zu sprechen Inst (3. 27) 7. In Wirklichkeit aber beweist diese Stelle nur, daß Justinian in Gai 4 [9] denselben verfälschten Text gelesen hat wie wir. (Vgl Seckels und Küblers zweite Note zu Gai 3 [204].) Das wäre längst erkannt, wenn man nicht bis vor kurzem das Gaiusmanuskript irrtümlich fast wie ein vom Himmel gefallenes Evangelium verehrt hätte. — Gehört certa dem Urheber von quod rell? Wie konnte er dazu kommen das Wort zu schreiben? Da es auf die zweite Frage keine Antwort gibt, ist die erste zu verneinen. Certa ist aus relicta gewuchert. Etwa so: statt relicta schrieb ein Abschreiber recta und dahinter das richtige relicta, aus recta relicta machte dann eine zweite Hand certa relicta. — Da certa sachlich unrichtig ist, ist klar, daß jedes legatum debiti per damnationem relictum utile est: vgl nachher zu (31) 66[p] Pap 17 quaest und zu (34. 3) 11 Iul 36 dig. Erst recht gültig ist natürlich das legatum debiti per vindicationem relictum.

Paul 4. 1. 1. Ab uxore, cui vir dotem [p]r[a]elegavit, fideicommissum relinqui non potest, quia non ex [lucrativa causa] testamento aliquid cap⟨ere⟩[it], sed ⟨suum⟩ [proprium] recipere videtur.

Diese Entscheidung wird bestätigt durch (33. 4) 1 [13] Ulp 19 Sab (35. 2) 81 [1] Gai 18 ed prov (37. 5) 8 [5. 6] Ulp 40 ed (allerdings cum — veniat unecht und § 6 nicht intakt).

Inst (2. 20) 14. 15. [Ex contrario] — [in]utile est legatum [—]. ⟨Item⟩ [Sed] — [, quia plenius — actio]. —.

Vgl nachher zu (35. 2) 5 Pap 8 resp.

(23. 3) 29 Ulp 36 Sab. — [non] puto — ⟨utile⟩ [nullum] — [valet legatum:] dos [enim] — [legatum] filiae ⟨ex testamento. sed⟩ [—] si mulier —.

Zum Schlusse der Stelle siehe B II 111.

(30) 28 Ulp 19 Sab. [—] Aristo — ⟨Item⟩ Marcellus — ⟨mihi⟩ legaveris — Falcidia [hoc] minuat⟨ur neque caducum fiat. Begründung⟩.

Creditori meo: bei Aristo und Marcell ist ego der Legatar: unnötiger Rollentausch. — Tutus: ungewöhnliche Appositionskonstruktion. — Sicut paßt nicht. — Begründung im Sinne des Marcell: Die actio ex testamento ist dadurch

anders und besser als die condictio certae rei, daß sie infitiando in duplum crescit. Andrerseits kann man nicht sagen, daß der Legatar die poena, wenn sie verfällt, ex testamento capit.

(30) 29 Paul 6 l I et P ist restlos unecht. Differatur! Auch debitum differat ist unerträglich: man fordert 'schwächer ist'.

(30) 75 [1] Ulp 5 disp. [—] si decem —.

(30) 108 [4. 5] Afr 5 quaest: schwer verfälscht: B IV 331. Klassische Entscheidung des Falles Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te herede mihi per damnationem legavit: das Legat ist gültig, durch Leistung des Stichus befreit sich Tu von beiden Obligationen. Klassische Entscheidung des Falles si, cum mihi ex testamento Titii Stichum deberes, eundem a te herede Sempronius mihi per damnationem legaverit fideique meae commiserit, ut eum alii cui restituerem: weil das zweite Legat zwar (zivilrechtlich) gültig, aber keine Wertzuwendung ist, ist das Fideikommiß ungültig und deshalb das zweite Legat durch exc doli entkräftbar.

(31) 66 [p] Pap 17 quaest. Streiche außer dem schon von B IV 330 gestrichenen auch debitor — specie legati. Das emolumentum des zweiten Legates liegt darin, daß der zweite Erbe nicht nur durch Leugnung des ersten sondern auch durch Leugnung des zweiten Legates die Doppelungsstrafe auf sich zieht: die Formel der actio ex testamento lautet natürlich nicht si paret — ex testamento dare oportere sondern si paret — ex testamento Lucii Titii dare oportere.

(31) 82 [p] Paul 10 quaest gehört einem Paraphrasten, der auf das Legat überträgt, was (35. 2) 5 Pap 8 resp (nachher) vom Fideikommiß aussagt. — Sub pignore: was soll das ?— Annus supervenit ist Unsinn und kommt im Bereiche des VIR nur hier vor. — Zu alioquin rell später unter Futurum der deductio ad absurdum.

(32) 3 [2] Ulp 1 fid. — cui ⟨eandem⟩ rem legaverit — poterit, ⟨quia creditor non ex testamento aliquid capere, sed suum recipere videtur⟩ [—].

Zu konservativ B IV 236.

(32) 7 [2] Ulp 1 fid. — ⟨ei⟩ debet — poterit, ⟨quia —⟩ [—].

(32) 24 Ner 2 resp. Creditori [ita] potest legari, ⟨quod ei debetur. Begründung.⟩ [—.] Ne rell paßt nicht zu creditori. Repeteretur statt repetatur.

(33. 4) 2[p] Ulp 5 disp. Cum quis uxori suae dotem relegat ⟨,⟩ fidei[que]commissum ab ea ⟨relinquere non potest, quia —⟩ [—], et ita Celsus quoque libro vicesimo digestorum scripsit. [—.] (Schulz) sed et si [—] pro dote aliquid uxori fuerit legatum, ⟨idem dicendum erit, et ita⟩ [—] Iulianus scripsit ⟨.⟩ [—] si quis, cum —.

Vgl Schulz Z 1913 94, Beseler Z 1925 474. — Der erste Satz ist im Widerspruche mit Paul 4. 1. 1 (vorhin). — Fideicommissum ex commodo aestimabitur: unklassische Redeweise. — Die angebliche Behauptung Julians und die Behauptung heres instituta — sentit sind indiskutabel. — Zu repraesentatio nachher am Schlusse. — Repraesentationis commodum: in Wirklichkeit wird soweit wie die dos auch das legatum dotis annua bima trima die geschuldet: (31) 41[1] Iav 7 epist Schluß (33. 4) 1[p] (— ⟨ille ait et⟩ verum —.) 1[5] Ulp 19 Sab (unecht ist 1[2] und in 1[12] ego rell) (35. 2) 57 Marcell 26 dig (unecht ist et sane rell).

(33. 4) 2[1] Ulp 5 disp. Salvo — potuit ist emblema Triboniani.

(34. 3) 11 Iul 36 dig. ⟨Titius ita legavit: 'heres meus Maevium, qui pro me fideiussit, a creditore liberare damnas esto'.⟩ [—]. quaesitum — esset [—]. respondi ⟨: cum debitor creditori quod ei debet legat, semper utile est legatum, quia interest⟩ [—] creditoris —. nam ⟨ex testamento adversus infitiantes in duplum agitur.⟩ [et] si ⟨autem⟩ — ⟨vel ideo valet legatum, quia interest⟩ [manifestum — intersit] —.

Der erste Satz ist offenbar eine Randsumme: die Lesart respondit (F) ist richtig. — Nam et si ist unsinnig: der proponirte Fall ist ein Unterfall des Falles si Titius — stipulatore. — Manifestum est ist konstitutional. — Quantum: auf die Größe des Interesses kommt es nicht an. — Vgl vorhin zu Gai 4[9].

(34. 3) 13 Iul 81 dig. —. [at si] idem ⟨erit, si⟩ —[, intellegendum —]. — Willkürliche Entscheidung. — Remitti statt remittere. — Vgl vorhin zu (30) 28 Ulp 19 Sab.

(34. 3) 25 Paul 10 quaest. —. ⟨si quis ita legaverit: 'heres meus Titio, quod ei debeo, dare damnas esto', si debitor non fuit, inutile est legatum. quod si ita scripserit: 'centum, quae ei debeo', quamvis debitor non fuerit, legatum valet⟩ [contra autem —]: certa enim —.

Debitor creditori leget: hier fehlt quod ei debet. — Nullam utilitatem ist undeutlich. — Utilitatem und utilitas (gemeint ist 'Nutzen') ist ein ungeschickter Ausdruck, weil utilis technisch 'gültig' bedeutet und alsbald in diesem Sinne angewendet wird. Nicht ungeschickt ist utilitatis aestimatio in (35. 2) 5 Pap 8 resp (nachher), weil hier aestimatio den Sinn von utilitas beleuchtet. — Video ist ungewöhnlich. — Sine quantitate ist undeutlich. — Confitetur ist seltsam. — Species = Fall. — Emolumentum debiti ampliatur ist undeutlich und konstitutional. — Aureos. — Placuit. — Siehe zu der Stelle jetzt auch Levy Z 1926 419.

(34. 3) 28[10–12] Scae 16 dig. – quaesitum est, an utile esset ⟨legatum⟩ [in persona eius fideicommissum]. respondit ⟨utile esse.⟩ [– petere posset.]

Das Getilgte ist sprachlich wie sachlich unerträglich.

(35. 2) 1[10] Paul sing l Falc. – legaverit, ⟨utile est legatum. quia autem creditor non ex testamento aliquid capere, sed suum recipere videtur, lex Falcidia locum non habebit⟩ [–].

Vgl Paul 4. 1. 1 (vorhin). — Der überlieferte Text von 1[10] ist unerträglich unsauber gebaut: Hanquet Das legatum debiti Diss Berlin 1889 17. — Zu repraesentatio nachher 70.

(35. 2) 5 Pap 8 resp. Verbis [legati vel] fideicommissi ⟨inutiliter⟩ [non necessarie] (törichte Glosse) –. [itaque – minuetur.] – ⟨civitatis⟩ committi [legatarii] poterit. quod si ⟨pollicitationi⟩ dies ⟨adiectus fuerit, fideicommissum pure relictum sit, valet fideicommissum, nec⟩ [–] utilitatis –. ⟨sed⟩ [nec] – [aut – impleta], [fiet] irritum ⟨est fideicommissum⟩ [–].

Legati vel: Pap handelt in 8 resp von den Fideikommissen. — Itaque — minuetur ist unklassischen Stiles und selbstverständlichen Inhaltes. — Quare heischt Anschluß an den ersten Satz. — Dies legatum facit! — Zu nec si rell vgl (31) 82[p] Paul 10 quaest (oben). — Competit! — Zu dem fideikommißrechtlichen Inhalte der Stelle vgl auch (31) 88[10] Scae 3 resp (— [quasi ex debito] — fideicommisso ⟨petitionem⟩.) (32.) 93[1] Scae 3 resp (34.3) 28[13. 14] Scae 16 dig.

C (6. 44) 2 Alex 222. Das Wort etiam bestätigt die Behauptung der Gültigkeit des legatum debiti. —

Justinian hat bekanntlich das Vindikationslegat und das Damnationslegat in dem Sinne verselbigt, daß jeder Legatar einer Nachlaßsache nach seiner Wahl ex testamento klagen oder vindiziren kann. Man hat diese Ordnung ungeheuerlich gescholten. Und doch hat sie zwei klassische Muster. 1. Titius heres esto. Sempronio servum Stichum, quem ei ex stipulatu debeo, do lego. Sempronius kann vindiziren. Er kann aber auch das Legat ausschlagen und ex stipulatu klagen. Er kann als Eigentümer, kann aber auch als Nichteigentümer und Gläubiger klagen. 2. Titius heres esto. Sempronio Stichum do lego. Titius Sempronio Stichum dare damnas esto. Vgl etwa (33. 7) 12[43] Ulp 20 Sab: do lego darique iubeo. —

Repraesentatio kommt im Bereiche des VIR außer in den soeben besprochenen Stellen, die es enthalten, noch in folgenden Stellen vor. (24. 3) 24[2] Ulp 33 ed. — satisdare ⟨paratus non sit⟩ [—], in solidum — temporis. [—.] (31) 88[5] Scae 3 resp: Konsulententext. (35. 1) 36[1] Marcell sing resp. — [repraesentetur — impleto et] — [id] Publio — [: etenim —]. (42. 8) 10[12] Ulp 73 ed. — erit ⟨huic interdicto⟩ [—] locum —. (Sensi! Der Einschub von mihi durch F[2] ist willkürlich.) In Ulp 6[13] ist trotz Cui ⟨lucri⟩ [repensatio] facit zu lesen: repensatio ist Glosse zu ex fructibus reddere. — Auch repraesentare in analoger Bedeutung ist wo nicht immer so doch oft unecht.

Falcidia.

Dieser Abschnitt betrifft im wesentlichen die Probleme, die durch die Kombination der Begriffe Falcidia und Substitution bestimmt werden und zu den intrikatesten des justinianischen Erbrechts gehören. Es wird sich zeigen, daß die Römer auch hier lauter einfache und klare Grundgedanken sauber und folgerichtig zu ihren Konsequenzen entwickelten.

(28. 6) 12 Pap 3 quaest. [Si] — exstitit, ⟨altera hereditate se abstinere, alteram retinere potest⟩ [—]. — Das Getilgte ist offenbar Paraphrasis. — Recuset. — Malit. —

Audiri debet: später sv audire. — Iustius. — Etenim. — (Praesertim) quod statt cum: die klassischen Juristen vermeiden, mit kluger Rücksicht auf den mehrfältigen Sinn des Wortes, quod = 'weil', während Varro und Caesar, auch sie Attizisten, wenn auch anderer Observanz, dies quod lieben und quia meiden. — Itaque — debent: selbstverständlich. — Habita rell: unbegreifliche Entscheidung. — Facultates. — Zu konservativ Donatuti Iustus, iuste, iustitia estr Annali Perugia 1921 20.

(28. 6) 41[6] Pap 6 resp. — ⟨filio ante patrem mortuo⟩ legata [e] — servabitur ⟨, si filius patri heres exstiterit et impubes decesserit.⟩ [—. nam et] cum ⟨res per vindicationem⟩ [legatum] —.

Ille statt is. — Induceret: unbegreiflicher Irrealis. — Quasi — institutus: was soll das? — Quasi institutus statt ac si institutus esset. — Plane: Sinn? — Quadrantem statt totius hereditatis quadrantem. — Nam et ist unverständlich.

(28. 6) 42 Pap 1 def. — ⟨instituit⟩ [reliquerat] — ⟨decesserunt: post mortem eius, qui posterior obiit,⟩ [simul perierunt:] duae hereditates substituto deferuntur. [—.]

Die unlogische überlieferte Entscheidung ist nachklassisch. Der in C (6. 26) 10 Justinian 531 ausgesprochene Gedanke cogitasse enim patrem primo decedente fratrem suum in eius portionem succedere stammt in Wirklichkeit weder von Sabinus noch von einem andern Klassiker. Beachte die Bemerkung von Solazzi Studi sulla tutela II estr Pubbl Modena 1926 42. — Decedant statt decessissent: in Wahrheit sind sie doch dem überlieferten Texte zufolge gleichzeitig umgekommen. — Zu novissimi und prioris vgl Z 1925 244[1]. Zu (35. 2) 14[3] Pap 9 resp nachher. Zu (29. 2) 38 Ulp 43 ed später. — Ratione statt rationem. — Nec — desiderabit ist überflüssig. — Iure testamenti ist seltsam. — Desiderare: später shv. — Legata rell: es ist doch in in Wirklichkeit nur ein Substitut vorhanden! — Ad irritum reccidunt: später shv. — Von Trib ist der Sprache nach das Unechte schwerlich.

(35. 2) 1[13. 14] Paul sing l Falc. — similis est [heres] (Mo) — ⟨qui⟩ [si] (Voorda Mo) omis[er]it hereditatem, ⟨iure antiquo⟩ non ⟨debentur⟩ [augebuntur] — ⟨ex lege Iulia et Papia⟩ vindicavero — [in qua specie et] — ⟨ita⟩ iudicasse dicitur [—].

Zu non ⟨debentur⟩ [augebuntur] siehe B I 94sq II 54sq.

(35. 2) 10 Pap 20 quaest: ein unerträglicher Text: Randsumme.

(35. 2) 11 [5] Pap 29 quaest. Statt quam potestatem habeat, videndum est lies verum est. Im übrigen siehe B III 161.

(35. 2) 11 [6] Pap 29 quaest. — [tractari —] verior est [diversa] — [ita] (Mo) — [: ut enim — confusionem] — ⟨—⟩ [duobus —]. (Zu bescheiden B IV 182.)

(35. 2) 11 [7] Pap 29 quaest. Quaesitum est, si quis pupillo coheredem substituisset, [—] quale es⟨se⟩t, quod vulgo diceretur, legatorum rationem separandam? dixi, ⟨si pater a filio, item a substituto legavisset, ea legata separanda non esse⟩ [—]. sed legata, quae ⟨ a coherede⟩ [ab] instituto [extero] data sunt, permisceri ceteris non oportere: [—] et aliam causam esse eius, qui ex variis portionibus heres scriberetur [—].

Der Pupillarsubstitut als solcher ist auch dann, wenn der Pupill nur zu einer Portion berufen ist, kein ex portione hereditaria heres scriptus sondern lediglich ein Mann, der zum Erben des Pupillen gesetzt ist. Der ex variis portionibus heres scriptus ist als hinter jeder Teileinsetzung damnirt zu denken.

(35. 2) 11 [8] Pap 29 quaest. — substitu⟨er⟩it — ⟨legata a substituto relicta non valebunt⟩ [necessario —]. — Necessario ist seltsam. — Legata ist zu weit weg von a substituto relicta. — Exstiterit statt exstitisset. — Nicht daß Julian etwas gesagt hat, sondern daß richtig ist, was Julian gesagt hat, wäre für Papinian ein Argument. — Mit cum rell verweist Trib auf (30) 94 [p] Iul 39 dig, wo er nisi für quamvis eingesetzt hat.

(35. 2) 14 [2. 3] Pap 9 resp. — [non] uti convenit, ⟨quamvis⟩ [si] — [et impuberi — sed] — [tantum] portion⟨is⟩[em] (Hal Kr) —.

(35. 2) 87 [3] Iul 61 dig. — et legata ⟨per vindicationem relicta⟩, item — legata ⟨usque ad totius assis dodrantem⟩ [tota] praestabuntur ⟨. —⟩ [—].

Tota ist unerträglich falsch und mag aus legata gewuchert sein. — Quia rell ist kraus, weitschweifig und unbedeutend: Paraphrasis. — Quaeris: den Julian hat niemand gefragt, der Paraphrast beantwortet eine Frage seines Schülers. — Respondebimus! — Hinter praestabuntur ist

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.

XI. Band in 2 Heften. 1890. 30.25 ℳ

1. Heft. German. Abt. IV, 261 S. 13,25 ℳ
2. Heft. Roman. Abt. IV, 336 S. 17,— ℳ

XII. Band in 3 Heften. 1891. 29.15 ℳ

1. Heft. Rom. Abt. 1. Heft. Mit 2 Abb. IV, 180 S. 9,20 ℳ
2. Heft. German. Abt. Mit Register über den germanistischen Inhalt der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 1—XXV. IV, 148 S. u. VII, 133 S. 14,60 ℳ
3. Heft. Roman. Abt. 2. Heft. Mit Register über den romanistischen Inhalt der Zeitschrift für Rechtsgeschichte N. F. Bd. I bis XII. 107 S. 5,35 ℳ

XIII. Band in 2 Heften. 1892. 33.55 ℳ

1. Heft. German. Abt. IV, 259 S. 13,15 ℳ
2. Heft. Roman. Abt. IV, 404 S. 20,40 ℳ

XIV. Band in 2 Heften. 1893. 32.00 ℳ

1. Heft. Germ. Abt. IV, 168 S. u. IV, 258 S. 21,70 ℳ
2. Heft. Roman. Abt. IV, 292 S. 10,30 ℳ

XV. Band in 2 Heften. 1894. 30.60 ℳ

1. Heft. Roman. Abt. IV, 408 S. 20,60 ℳ
2. Heft. German. Abt. IV, 196 S. 10,— ℳ

XVI. Band in 2 Heften. 1895. 33.40 ℳ

1. Heft. German. Abt. IV, 300 S. 15,20 ℳ
2. Heft. Roman. Abt. IV, 360 S. 18,20 ℳ

XVII. Band in 2 Heften. 1896. 28.70 ℳ

1. Heft. German. Abt. IV, 199 S. 10,15 ℳ
2. Heft. Roman. Abt. IV, 367 S. 18,55 ℳ

XVIII. Band. 1897. 27.65 ℳ

German. Abt. IV, 218 S. 11,10 ℳ
Roman. Abt. Mit 1 Lichtdrucktafel. IV, 307 S. 16,55 ℳ

XIX. Band. 1898. 31.25 ℳ

German. Abt. IV, 221 S. 11,25 ℳ
Roman. Abt. IV, 396 S. 20,— ℳ

XX. Band. 1899. 32.80 ℳ

German. Abt. XI, 353 S. 18,20 ℳ
Roman. Abt. IV, 288 S. 14,60 ℳ

XXI. Band. 1900. 41.45 ℳ

German. Abt. XX, 366 S. 19,30 ℳ
Roman. Abt. IV, 439 S. 22,15 ℳ

XXII. Band. 1901. 38.10 ℳ

German. Abt. XXII, 465 S. 24,35 ℳ
Roman. Abt. XXVI, 249 S. 13,75 ℳ

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.

XXIII. Band. 1902.			47.— ℳ
	German. Abt. XXXIX, 369 S.	20,40 ℳ	
	Roman. Abt. IV, 528 S.	26,60 ℳ	
XXIV. Band. 1903.			49.10 ℳ
	German. Abt. XXVII, 467 S.	24,70 ℳ	
	Roman. Abt. VIII, 480 S.	24,40 ℳ	
XXV. Band. 1904.			45.60 ℳ
	German. Abt. IV, 433 S.	21,85 ℳ	
	Roman. Abt. IV, 471 S.	23,75 ℳ	
XXVI. Band. 1905.			50.25 ℳ
	German. Abt. V, 432 S.	21,85 ℳ	
	Roman. Abt. IV, 564 S.	28,40 ℳ	
XXVII. Band. 1906.			45.80 ℳ
	German. Abt. VI, 486 S.	24,60 ℳ	
	Roman. Abt. IV, 420 S.	21,20 ℳ	
XXVIII. Band. 1907.			57.95 ℳ
	German. Abt. XXII, 637 S.	32,95 ℳ	
	Roman. Abt. IV, 496 S.	25,— ℳ	
XXIX. Band. 1908.			51.20 ℳ
	German. Abt. VI, 484 S.	24,50 ℳ	
	Roman. Abt. IV, 530 S.	26,70 ℳ	
XXX. Band. 1909.			53.10 ℳ
	German. Abt. VI, 512 S.	25,90 ℳ	
	Roman. Abt. XXIV, 520 S.	27,20 ℳ	
XXXI. Band. 1910.			59.20 ℳ
	German. Abt. VII, 676 S.	34,15 ℳ	
	Roman. Abt. VI, 495 S.	25,05 ℳ	
XXXII. Band. 1911.			78.20 ℳ
	German. Abt. VIII, 600 S.	30,40 ℳ	
	Kanon. Abt. 1. IX, 433 S.	22,10 ℳ	
	Roman. Abt. XXVI, 488 S.	25,70 ℳ	
XXXIII. Band. 1912.			92.80 ℳ
	German. Abt. XXXII, 675 S.	35,35 ℳ	
	Kanon. Abt. 2. VI, 496 S.	25,10 ℳ	
	Roman. Abt. V, 647 S.	32,35 ℳ	
XXXIV. Band. 1913.			94.— ℳ
	German. Abt. VIII, 744 S.	37,60 ℳ	
	Kanon. Abt. 3. VI, 650 S.	32,80 ℳ	
	Roman. Abt. VI, 466 S.	23,60 ℳ	
XXXV. Band. 1914.			83.10 ℳ
	German. Abt. XXXII, 654 S.	34,30 ℳ	
	Kanon. Abt. 4. VI, 612 S.	30,90 ℳ	
	Roman. Abt. VI, 352 S.	17,90 ℳ	
XXXVI. Band. 1915.			87.70 ℳ
	German. Abt. LX, 656 S. u. 1 Tafel	35,80 ℳ	
	Kanon. Abt. 5. VI, 560 S.	28,30 ℳ	
	Roman. Abt. XVI, 456 S. u. 2 Tafeln	23,60 ℳ	

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.

XXXVII. Band. 1916.		82.90 ℳ
German. Abt. VIII, 734 S.	37,10 ℳ	
Kanon. Abt. 6. XII, 494 S.	25,30 ℳ	
Roman. Abt. VI, 378 S. u. 1 Tafel	20,50 ℳ	
XXXVIII. Band. 1917.		70.05 ℳ
German. Abt. LXXVIII, 464 S. u. 1 Tafel	27,15 ℳ	
Kanon. Abt. 7. XVIII, 404 S.	21,10 ℳ	
Roman. Abt. IV, 332 S.	21,80 ℳ	
XXXIX. Band. 1918.		48.55 ℳ
German. Abt. XXIV, 384 S.	20,45 ℳ	
Kanon. Abt. 8. VI, 304 S.	15,50 ℳ	
Roman. Abt. IV, 248 S.	12,60 ℳ	
XL. Band. 1919.		60.90 ℳ
German. Abt. VI, 402 S.	23,10 ℳ	
Kanon. Abt. 9. IV, 376 S.	19,— ℳ	
Roman. Abt. IV, 372 S.	18,80 ℳ	
XLI. Band. 1920.		62.60 ℳ
German. Abt. VIII, 540 S.	27,40 ℳ	
Kanon. Abt. 10. IV, 342 S.	17,30 ℳ	
Roman. Abt. XIV, 354 S.	17,90 ℳ	
XLII. Band. 1921.		90.20 ℳ
German. Abt. VI, 606 S.	30,60 ℳ	
Kanon. Abt. 11. IV, 508 S.	25,60 ℳ	
Roman. Abt. VIII, 670 S.	34,— ℳ	
XLIII. Band. 1922.		87.70 ℳ
German. Abt. CXIV, 488 S.	30,10 ℳ	
Kanon. Abt. 12. IV, 556 S.	28,— ℳ	
Roman. Abt. IV, 584 S. u. 1 Tafel	29,60 ℳ	
XLIV. Band. 1924.		91.70 ℳ
German. Abt. X, 502 S.	26,60 ℳ	
Kanon. Abt. 13. XXIV, 616 S.	32,— ℳ	
Roman. Abt. XII, 650 S.	33,10 ℳ	
XLV. Band. 1925.		93.55 ℳ
German. Abt. VIII, 570 S	28,85 ℳ	
Kanon. Abt. 14. VI, 652 S.	32,90 ℳ	
Roman. Abt. XX, 616 S. u. 1 Tafel	31,80 ℳ	
XLVI. Band. 1926.		87.80 ℳ
German. Abt. XXXIX, 586 S.	31,30 ℳ	
Kanon. Abt. 15. V, 607 S.	30,65 ℳ	
Roman. Abt. XVI, 501 S. u. 1 Tafel	25,85 ℳ	

Verlag von Hermann Böhlaus Nachfolger G. m. b. H., Weimar

eine Erörterung des Falles gestrichen, wo Damnationslegate im Spiele sind. Beispiel: Gaius (= tu) ex parte quarta heres esto. Titius ex parte quarta heres esto. si illud factum erit, Titius ex parte dimidia heres esto. Primo fundum Cornelianum do lego. Gaius Secundo centum dato. Titius Tertio centum dato. Nettowert des Nachlasses = 1200. Wert des fundus Cornelianus = 800. Wie ist die Rechtslage impleta condicione (Fall I)? Auf dem Viertel des Gaius liegen $^1/_4$ 800 + 100. Auf den drei Vierteln des Titius liegen $^3/_4$ 800 + 100. Secundus kriegt 75. Tertius kriegt $\frac{675}{7}$. Primus ist Eigentümer des fundus zu $\frac{150 + \frac{675 \cdot 6}{7}}{800}$. Wie ist die Rechtslage deficiente condicione (Fall II)? Auf der Hälfte des Gaius liegen $^1/_2$ 800 + 100. Auf der Hälfte des Titius liegen $^1/_2$ 800 + 100. Secundus kriegt 90. Tertius kriegt 90. Primus ist Eigentümer des fundus zu $\frac{720}{800}$. Pendente condicione (Fall III) kriegt oder hat jeder der drei Legatare so viel wie in demjenigen der beiden ersten Fälle, in welchem er schlechter als in dem anderen fährt.

(35. 2) 87 [4] Iul 61 dig. — praestare deberet. ⟨respondi nihil amplius quam semissis dodrantem⟩ [et placuit solida legata] eum praestare debere [: —].

Zu konservativ B II 120 III 54. — Placuit! — Efficerent: weshalb der Irrealis? — Sed hoc ita verum est, si ist ebenso verdächtig wie sed hoc ita, si. — Sed hoc ita verum est, si — si vero erinnert an si quidem — si vero. — Si filius antequam patri heres exsisteret decessisset: dieser Fall ist durch die Tatbestandserzählung ausgeschlossen. — Zu Julians Zeiten trägt der Vulgarsubstitut nur diejenigen Vermächtnisse, welche ihm selbst aufgelegt sind, im vorliegenden Falle aber testator a Titio nihil legaverat. Ja das rescriptum Severi et Antonini ist von den Klassikern auf Legate wahrscheinlich nicht ausgedehnt worden: B I 94sq II 54sq. — Non ampliora legata statt nihil amplius

legatorum nomine ist schief. — Quibus obligatus ist bedenkliches Latein. — Vgl Costa Bull 6 (1893) 313sqq.

(35. 2) 87 [5] Iul 61 dig. — ⟨non perinde erit⟩ [poterit — agendum] —, quia ⟨—⟩ [—]. — Poterit dici! — Agendum! — Semper ist sicher falsch. — Ponet: seltsames Futurum. Und weshalb wird die Tätigkeit als vom substitutus ausgeübt werdend vorgestellt?

(35. 2) 87 [6] Iul 61 dig. — [, deinde —].

(35. 2) 87 [7] Iul 61 dig. — [et] exheredatus — decessit. ⟨dixi⟩ [—] legata [ab eo relicta] praestanda esse habita ratione legis Falcidiae in his bonis, quae pater mortis tempore ⟨habuit⟩ [—].

Facultates statt bona: vgl de Francisci Rend Ist Lomb 48 (1915) 302, 304, 306. — Ad eum perveniant statt ad Maevium pervenerint. — Potest dici. — Mortis tempore reliquerit: kann man relinquere aliquid non mortis tempore? — Nec huic rell überflüssig und wunderlich. — Zu bescheiden B IV 237. — Kraft doppelter Anwendung des Satzes, daß die dem Pupillarsubstituten aufgelegten Vermächtnisse als dem pupillus bedingt aufgelegte gelten, werden die dem Maevius aufgelegten Legate auf den exheredatus substitutus, von dem auf den pupillus institutus zurückprojizirt.

(35. 2) 87 [8] Iul 61 dig. — [et semis — esset], ⟨non⟩ — remaneat ⟨, quamvis aliud dicendum sit⟩ [—], cum — ⟨adquirit⟩ [adquirat].

Semis statt pars: vorher ist von Hälften keine Rede. — Esset statt sit. — Licet — tamen. — Circa. — Nec aliter augebuntur, quam augentur: wunderliche Darstellungsart. — Augebuntur: unter allen Umständen?! — Augentur hat kein Subjekt. — Zu bescheiden B III 54.

(35. 3) 1 [3] Ulp 79 ed. — [testator] legavit, [sed] — ⟨et putat Titium centum et quinquaginta praestare debere. quod⟩ [utrum —] mihi videtur verius [—].

Eum: quem? — Secundum quod: B III 154sqq. — Eveniret statt evenit. — Est statt sit. — Secundum rell ist Unsinn. — Die Stelle ist erst von Trib an ihren heutigen Ort gesetzt worden.

V.

Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischem und justinianischem Rechte

[fr. 10 § 2 D. 2, 11 und fr. 33 D. 44, 7].

Von

Herrn Professor Dr. **Salvatore Riccobono**
in Palermo.

1. Die passive Vererblichkeit der Strafklagen findet im justinianischen Rechte nach denselben Regeln statt wie im klassischen Rechte. Regelmäßig tritt sie nur ein, wenn der Beklagte erst nach der litis contestatio gestorben ist, in besonderen Fällen aber schon dann, wenn es vor dem Tode zur bloßen conventio gekommen ist. Und das geschieht nicht bloß im extraordinären Prozesse, sondern auch im ordinären, nämlich in dem Falle, daß der Beklagte am festgesetzten Tage vor Gericht nicht erschienen und hernach gestorben war.

Daß die allgemeine Regel ins justinianische Recht unverändert übernommen worden ist, wird durch eine Anzahl von später anzuführenden Texten klargestellt, nach welchen die Vererbung der actio an die geschehene Litiskontestation gebunden ist. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß die Regel im klassischen Recht fest auf die Vertragsnatur der litis contestatio gegründet war, die für die Strafverfolgung einen neuen Titel schuf, wogegen im Recht des Corpus juris dieser innere Zusammenhang fehlt, weil die Umgestaltung der Schuld nunmehr nur noch als eine leere Überlieferung alten Rechtes ohne wesentliche Realität erscheint.[1])

---

[1]) Vgl. Boyé, La denuntiatio sous le principat (1922) S. 300. R. v. Mayr, Röm. Rechtsgeschichte IV S. 71.

Im übrigen fällt bei der Prüfung des Problems, das hier nur historisch und nicht dogmatisch behandelt wird, nicht ins Gewicht, daß die Litiskontestation jetzt in ein zurückliegendes und wenig hervorstechendes Prozeßstadium verlegt ist und daß überdies die meisten und bedeutendsten ihrer Wirkungen weggefallen sind oder wenigstens sich von Grund auf verändert haben. Was zu allererst ins Auge fällt, ist die Anzahl der Texte, die einheitlich die Litiskontestation voraussetzen, und der Wert, der ihnen im Corpus juris beigelegt werden muß. Ihnen gegenüber sind die Stellen, welche die Strafklage gegen die Erben auf Grund der bloßen Ladung zulassen, verschiedenartig und, soweit sie sich auf unser spezielles Problem beziehen, sehr vereinzelt; einige von ihnen machen der Auslegung große, noch nicht überwundene Schwierigkeiten. Die Hauptstelle ist ein ungeschicktes Flickwerk der Kompilatoren des 6. Jahrhunderts. Sie bietet dunkle, viel umstrittene Seiten und ist in ihrem wahren Sinn noch heute nicht erkannt.

Ihr Knoten läßt sich, glaube ich, leicht lösen, wenn man an sie eine andere (wiederherzustellende) Digestenstelle heranbringt, die uns instandsetzt, das klassische System, das die Kompilatoren ins Corpus juris aufzunehmen beabsichtigten, vollkommen zu erkennen.

2. Über fr. 33 D. 44, 7.

Die grundlegende und berühmte Stelle unserer Materie, welche eine Übertragung der Strafklage auf den Erben auf Grund der bloßen Vorladung annimmt, ist das fr. 33 D. 44, 7, entnommen aus Paulus 3 Decretorum. Um seiner selbst willen bemerkenswert, zieht der Text unsere Aufmerksamkeit auch darum auf sich, weil wir ihn im Titel de obligationibus et actionibus lesen, d. h. in demjenigen Digestentitel, den ich früher als den an Doktrinen reichsten bezeichnet habe und den in der Tat die Kompilatoren als ausführliche Einleitung zum Obligationenrecht mit besonderer Umsicht verfertigt haben. Reichtum und Bedeutung des Titels sind so groß, daß ich zu behaupten wage, daß, wenn dereinst die Kritik seine 61 Fragmente historisch und dogmatisch durchleuchtet haben wird, die römische Rechtswissenschaft

in ihrer ganzen Vollkommenheit erkannt sein wird. Dann wird auch das Corpus juris, wenigstens an den grundlegenden Punkten des klassischen und justinianischen Privatrechts, nicht mehr jene vielen schrecklichen und undurchdringlichen Geheimnisse bieten, von denen es immer noch voll ist.

Der Text lautet wie folgt:

Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo.

Die Auslegung der Stelle war zu allen Zeiten viel umstritten, aber ihr Wert hat sich heute im Hinblick auf verschiedene neue kritische und prozeßrechtliche Probleme beträchtlich verstärkt. Wir wollen sie vor allem im Zusammenhang mit der oben erwähnten Regel betrachten.

Den Text haben die Kompilatoren augenscheinlich aus der Paulinischen Vorlage zusammengeflickt, in der der Jurist, kaiserliche Dekrete erläuternd, die bekannte Regel mit den entsprechenden Besonderheiten darlegte. Das Machwerk der Byzantiner zeigt sich sofort in dem barbarischen, abgehetzten Bau des Textes: constitutionibus, quibus . . . placuit, si vivus . . . videri, quasi . . . und in dem Wort 'constitutionibus', das in diesem Werk, das die kaiserlichen Dekrete und Reskripte mit ihren Tatbeständen unmittelbar anzuführen pflegt, sonst nicht begegnet.[1]) In unserer Stelle lesen wir statt dessen eine abstrakte Formulierung, deren Auslegung die größten Schwierigkeiten bereitet hat. Auch ist das Vorhandensein einer constitutio oder gar mehrerer Konstitutionen in dieser Frage durchaus unwahrscheinlich[2]): die Unvererblichkeit der Strafklage war certissima regula iuris schon für Gaius, IV 112. Und was den neuen Satz (placuit) anbelangt, so werden wir sehen, daß er in Wirklichkeit der cognitio extra ordinem eigen war, aber auch in besonderen Fällen dem Honorarrecht, wenn der

[1]) Allerdings erscheint das Wort auch in D. 36, 1, 76, 1, aber hier bezieht es sich nicht auf den nachgesuchten kaiserlichen Entscheid, sondern auf einen Erlaß Hadrians, auf den sich eine Partei zur Stützung ihres Rechtsstandpunktes beruft.

[2]) Siehe schon Lotmar, Schweiz. Z. f. Strafr. 1918, S. 267.



Beklagte nicht in iure erschienen (deserto vadimonio) und nachher gestorben war.

Besonders aber ist der Plural „constitutiones“ ohne die Namen der Kaiser sehr verdächtig. Ich möchte hierzu ein Beispiel anführen, welches genügend erläutert worden ist und sich im Fr. 8 § 1 D. 27, 7 befindet, wo es heißt: *sed constitutionibus subventum est.* Es ist Rotondis[1]) feiner Forschung tatsächlich gelungen, zu ermitteln, daß Paulus an diesem Orte die Reskripte von Severus und Antoninus anführen mußte, die wir im Cod. V, 53, 1 und 2 lesen, vgl. c. 4 ibidem. Damit ist nachgewiesen, daß die Kompilatoren kaiserliche Reskripte und Dekrete zusammenzuziehen pflegten, besonders dann, wenn sie genötigt waren, spätere juristische Entwicklungen in den Text einzuarbeiten. Dieses Beispiel muß im Auge behalten werden.[2])

Ostenditur im Sinne von beweisen, dartun ist sehr oft interpoliert[3]), doch ist es auch von den Klassikern gebraucht worden.[4]) In unserem Falle ist „dartun“ die wahrscheinlichste Deutung. Das ostendere will besagen, daß solche kaiserlichen Dekrete nur Anwendung des geltenden Rechts, aber keine neue Rechtsschöpfung enthielten. Wie dem aber auch sei: sicher ist, daß das Verhältnis zwischen ostenditur und placuit zweideutig ist. Das placuit bezieht sich grammatikalisch auf constitutionibus, aber diese Beziehung ist schon durch den Ausdruck „quibus ostenditur“ verbraucht, der den Inhalt der Konstitutionen auf die allgemeine Regel bezieht. So bleibt das placuit draußen. Man sollte es offenbar dahin verstehen, daß die Ausnahme von der Jurisprudenz

---

[1]) BIDR. vol. 25 p. 48—50. Zu der Interpolation des fragm. siehe auch Voet in Pand. ad tit. D. 27, 7, Gradenwitz, ZSS. v. 34 p. 256, und unten S. 111.

[2]) Zu beachten sind noch: Ulp. fragm. 1 § 19 D. 48, 18: *constitutiones posteriores ostendunt* — Macer fr. 1 § 3 D. 49, 8: *constitutiones demonstrant* ; —Ulp. Vat. fr. 149: *sacrae constitutiones docent.* Vgl. dazu fr. 6 § 2; 46 pr. D. 27, 1 und Huschke ad l. c. der Vat. fr.

[3]) Siehe Seckel-Heumann, Handlex. sub v. 'ostendere'.

[4]) Cicero: Stellen bei Merguet v. ostendere. Cfr. Gai IV, 84; Ulp. 4 § 12 D. 40, 5; 1 § 19 D. 48, 18 ostenditur; worauf sogleich die interpolierte Periode folgt: *sed ab hoc rescripto recessum constitutiones posteriores ostendunt.*

begründet wurde, als hieße es etwa: placuit ita interpretari. Aber das stimmt mit der wirklichen Entwicklung nicht überein. Der schlechte Schriftsteller hat den richtigen Inhalt seiner Vorlage nicht genau wiederzugeben gewußt.

Die alte Regel betonte die Unvererblichkeit der Strafklagen. Hier spricht man von poena. Das Wort verdient im Text besondere Hervorhebung, weil es Savigny[1]) veranlaßte, die zu seiner Zeit herrschende Meinung zu korrigieren und den Text auf den Fiskalprozeß statt auf den Privatprozeß zu beziehen. Aber wenn dem so ist, so entsteht ein neues Rätsel aus dem Satz: *quasi lite contestata cum mortuo*. Wenn es nämlich im extra ordinem-Prozesse weder formula noch litis contestatio gab, welche Notwendigkeit oder Nützlichkeit hätte dann die Analogie der litis contestatio bieten sollen?[2])

Placuit — sehr oft kompilatorisch, ein leicht und viel angewendetes Hilfsmittel für die verschiedensten nötig werdenden Berichtigungen der Texte.[3]) In den spärlichen Überresten des Werkes von Paulus findet sich dieses Wort achtmal, wovon es noch einmal sicher interpoliert ist, im fr. 27 § 1 D. 32: *placuit humanius interpretari*.

Poenae persecutionem transmissam videri — wem? oder gegen wen? Natürlich muß man verstehen gegen die Erben des Beklagten. Andere Stellen mit *poenam transire* sind interpoliert; vgl. fr. 16 § 2 D. 4, 2.[4])

Und zuletzt der abl. abs. mit der köstlichen Phrase *quasi lite contestata cum mortuo*, die von Bas. 50, 1, 32 bestätigt ist und sogar im zusammengezwängten Text das Ganze beherrscht.[5])

Die moderne Kritik hat zwar einzelne Elemente des Fragmentes angegriffen, aber doch in ungenügender Weise.

---

[1]) System VI, 19.

[2]) Siehe einstweilen Wlassak, Anklage und Streitbefestigung, in den Sitzungsberichten der Kais. Ak. d. W. in Wien Band 184 (1917); weiterhin nur als „Anklage" zitiert.

[3]) Vgl. Riccobono, ZSS. v. 43 p. 310 n. 3; Guarneri, Indice v. placere.

[4]) Vgl. Ferrini BIDR. v. 14 p. 218.

[5]) Siehe unten p. 115.

Und zuletzt hat kein Geringerer als M. Wlassak seine Echtheit eifrig verteidigt.[1]) In Wahrheit dürfte das Gesagte genügen, um die Stelle in den Limbus zu versetzen.

Die Auslegung der Stelle war, wie gesagt, zu allen Zeiten sehr schwankend und umstritten. Die Glosse hat zum Verständnis derselben das fr. 10 § 2 D. 2, 11 zu Hilfe gerufen mit den Worten: *vel dic ut supra* (l. 10 cit.) *ibi*, si non et cet. und sie hat in der Weise ihr den Wert eines Ausnahmefalles verliehen. Haloander verbesserte den Text, indem er las „non transmissam videri" und A. Augustinus[2]) wollte lesen „eo mortuo" statt *cum mortuo*. Unsinn.

Die herrschende Meinung vor Savigny folgte der Glosse in dem Sinne, wie ihn Glück[3]), Savigny[4]), Vangerow[5]) wiedergeben, daß der Ausnahmefall Platz griff, wenn die litis contestatio vom Gestorbenen absichtlich verzögert worden war. Savigny teilte zuerst[6]) die Meinung der Glosse mit dem ausdrücklichen Hinweis auf fr. 10 § 2 cit., später[7]) aber gab er die Heranziehung des fr. 10 § 2 auf und bezog unseren Text auf den Fiskalprozeß.[8]) Diese Auffassung hat Wlassak[9]) inhaltlich viel weiter und tiefer fortentwickelt. Auch Windscheid[10]) schließt sich Savigny an, um daraufhin die Notwendigkeit der Litiskontestation für das damals noch in Deutschland geltende gemeine Recht gegen eine mächtige Gegenströmung[11]) energisch zu betonen. Andere Schriftsteller folgen zwar der Glosse, finden aber im fr. 33 nicht eine bloße Analogie zur Litiskontestation, sondern eine wirklich geschehene Litiskontestation, indem sie dem quasi die Deutung = quippe, scilicet, utpote,

---

[1]) Anklage cit. S. 190ss. [2]) Emend. 1, 2.

[3]) Erläuter. VI S. 196 Anm. 97. [4]) System V S. 47, VI S. 19.

[5]) Pand. I § 145 nr. III S. 217: siehe auch Mommsen, Gesammelte Schrift. III S. 534.

[6]) System 5 S. 47. [7]) A. a. O. 6 S. 19.

[8]) Diese Meinung ist noch heute herrschend. Vgl. auch Bethmann-Hollweg, Zivilproz. II S. 482, 17; Naber Mnemos. 28 S. 439; Fliniaux, Rev. historique de droit (4e Ser.) II S. 97.

[9]) Anklage l. c. [10]) Actio S. 68.

[11]) Vgl. auch Vangerow l. c. S. 218.

quoniam, quia geben.[1]) Vangerow[2]) bezieht die Stelle wie Savigny auf den Fiskalprozeß, nimmt aber zugleich die alte Auslegung wieder auf, daß der Ausnahmefall dann einträte, wenn die litis contestatio wegen absichtlicher Verzögerung des Beklagten nicht hätte stattfinden können. Das sei — fügt er hinzu — der Sinn im justinianischen Rechte, und diese Bemerkung ist gewiß nicht zu tadeln. Wieding[3]) beschäftigt sich sehr weitläufig mit dem Problem. Er kritisiert Vangerow und versteht die Stelle wieder vom Privatprozeß[4]), obschon er an die „denuntiatio ex auctoritate" denkt, bei der, wie er meint, die Litiskontestation mit einer Fiktion an die Denuntiation angeschlossen wurde. Koschaker[5]) stimmt sachlich mit Savigny und Wlassak überein, hält aber den Schluß *quasi lite contestata cum mortuo* für eine Glosse.

Eine andere Richtung schlugen von alters her diejenigen ein, welche die Stelle auf das iudicium publicum bezogen.[6]) So letzthin Mommsen[7]), Lenel[8]), Kübler.[9]) Zu diesem Zweck beobachtete man, daß convenire = evocare auch für die cognitiones extraordinariae verwendet wurde. Das ist zwar richtig, aber nicht entscheidend. Die Kritik Wlassaks ist auch hier erschöpfend.[10])

Albertario[11]) endlich nahm eine im Gemeinen Recht

---

[1]) So schon die Glosse ad h. l. quasi. Expressivum est veritatis, et sic plana est haec lex. Ferner Ghiphanius Lect. Altorph. ad l. 33 S. 604. Siehe auch Wächter, Erörterungen III S. 113; Mommsen, Ges. Schrift. III S. 534.

[2]) a. a. O. III S. 217. [3]) Der justinian. Libellprozeß S. 366ff.

[4]) So auch Lotmar, Schweiz. Z. f. Strafrecht 1918 S. 267.

[5]) ZSS. 40 S. 365, 1.

[6]) Siehe schon Merillius, Observ. IV c. 2. Diese Meinung wird auch Faber sehr oft zugeschrieben. Aber in Wirklichkeit war Faber in großer Verlegenheit wegen der Begründung quasi, da er sehr richtig bemerkt, daß diese sich nur auf den Privatprozeß beziehen könne, der Text also de actionibus criminalibus ex privatis delictis descendentibus gehandelt haben müsse: Conj. VII, 20 Nr. 9.

[7]) Strafr. S. 392. [8]) Pal. I c. 965 n. 2.

[9]) Vocab. Iurisprud. I 1020, 9. [10]) Ankl. S. 196.

[11]) Rendiconti Ist. Lombardo Bd. 47 S. 505f., 565f.; ZSS. 35 S. 306, 1.

vielfach vertretene Doktrin[1]) wieder auf. Er unterscheidet zwei Stufen: im klassischen Recht habe sich die Strafklage von der litis contestatio ab, im neuen Rechte von der einfachen conventio ab vererbt. Also sei im fragm. 33 die Phrase „si conventus“ interpoliert an Stelle der litis contestatio und folglich der Schlußsatz eine Glosse. Wlassaks Kritik gegen diese Behauptungen ist gründlich und durchschlagend.[2])

Wlassak selbst schließt sich, wie gesagt, an Savigny durchaus an. Das fr. 10 § 2 cit., das im Widerstreit der Meinungen eine so entscheidende Rolle gespielt hatte, zitiert er nicht, und so findet er sich in schwieriger Lage. Ihm gebührt bekanntlich das große Verdienst, die schwierigsten Probleme des Prozeßrechts gefördert und großenteils auch gelöst zu haben. So hat er außer Zweifel gestellt, daß die litis contestatio dem iudicium publicum ganz fremd war und auch bei der cognitio extra ordinem nicht stattfand. Aber wenn dem so ist. dann ist es nicht denkbar, im fr. 33 die Analogie quasi lite contestata cum mortuo für möglich zu halten. Einen bloßen Vergleich können diese Worte nicht bezweckt haben, und was in den juristischen Schriften überflüssig ist, wird irreführend.[3]) Der Fiskalprozeß hat eigene Regeln und Ordnungen mit eigener Wirkung; ein Vergleich zwischen den beiden Prozeßformen hätte „disertis verbis“ ausgesprochen werden müssen. Die Annahme der Analogie ist bei Savigny allenfalls erklärlich, nicht aber bei dem großen Meister aller Prozeßrechte der Römer. Und es überrascht, daß er die absolute Echtheit des Textes und auch des quasi-Schlusses verteidigen konnte. Wlassak führt aus[4]): „Im übrigen kümmert uns hier nur die am Schlusse der Stelle genannte lis contestata, die der Jurist heranzieht, um eine Anknüpfung zu haben für die dem conveniri

---

[1]) Siehe die bei Vangerow l. c. Zitierten und besonders Voet ad tit. D. V, 1 § 149: Quin potius in ea lege Triboniani nostri manum me deprehendere puto, qui priscis hic adscripsit iurisconsultis id, quod demum constitutionibus posterioribus incepit obtinere.

[2]) Anklage S. 153f.,190f.

[3]) Vgl. auch Koschaker, ZSSt. 40 S. 366 Anm.

[4]) Anklage S. 195, 196.

beigelegte Kraft, Pönalansprüche erblich zu machen." Und weiter: „Verständigen Inhalt gewinnt also fr. 33 nur dann, wenn wir den Verfasser vom Rechtsverfahren A handeln und ihn sofort zur Vergleichung ein anderes, das Rechtsverfahren B, heranziehen lassen. Welches andere aber gemeint sei, darüber wird jetzt kein Zweifel mehr sein. Paulus kann bloß an die Streitbefestigung des Privatrechts gedacht haben."

Ganz richtig. Aber das ist keine einfache Auslegung des Textes, wie er in den Digesten steht, sondern eine Verbesserung desselben. Sie führt uns auf die Auslegung der Glosse zurück, die jedenfalls aus der Heranziehung des fr. 10 § 2 cit. Vorteile zog. Dieses Fragment gilt es nun zu betrachten.

3. Über fr. 10 § 2 D. 2, 11.

Wenn ich das fr. 33 für ein Machwerk der Kompilatoren halte, so will ich damit nicht sagen, daß es in seinem modernen unpassenden Gewande keine klassischen Elemente enthielte. Vielmehr stelle ich das Fragment in die umfangreiche Kategorie der von den Kompilatoren aus klassischem Material zusammengeflickten Texte.[1]) Und so glaube ich, daß der justinianische Text in ungeschickter Weise und unter Weglassung der historischen[2]) und technischen Einzelheiten die allgemeine Regel von der Unvererblichkeit der Strafklagen hervorhebt und nur noch leise auf die Ausnahmen deutet, die bei der cognitio extra ordinem und im Honorarrecht Platz griffen, und zwar letzterenfalls mittels einer Fingierung der litis contestatio, falls der Beklagte vadimonio deserto gestorben war.

Diese letztere Behauptung führt uns zur Betrachtung des fr. 10 § 2 desselben Paulus, das, wie wir wissen, die Aufmerksamkeit der Glosse auf sich zog. Paulus behandelte hier ex professo das Problem der Unvererblichkeit der Strafklage im Privatprozesse hinsichtlich der Injurienklage, und so sehr auch dieser Text von den Kompilatoren verstüm-

---

[1]) Vgl. meine Abhandlung „Fasi e Fattori dell'evoluzione del dir. romano" in Mélanges Cornil II S. 376.

[2]) Siehe oben S. 78, was ich über das Wort „constitutionibus" gesagt habe.

melt und verändert wurde, so bewahrt er trotzdem wertvolle Elemente zu unserer Belehrung.

Zum unmittelbaren Verständnis unseres Problems führe ich die ganze Stelle an, doch ist hier nur ihr Schluß von Interesse. Deshalb sehe ich davon ab, auf die Verstümmelungen, Veränderungen und Umsetzungen näher einzugehen, und verspare dies auf eine andere Gelegenheit.

Der Text lautet wie folgt.

10 § 2 D. 2, 11. Qui iniuriarum acturus est, *stipulatus erat* ante litem contestatam, *ut adversarius suus iudicio sistat*, *commissa stipulatione* mortuus est. non competere heredi eius *ex stipulatu* actionem placuit, quia *tales stipulationes propter rem ipsam darentur*, iniuriarum *autem* actio heredi non competit. quamvis enim *haec stipulatio iudicio sistendi causa facta* ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est: nam et defunctus si vellet omissa iniuriarum actione *ex stipulatu* agere non permitteretur ei. Idem dicendum esse et si is, cum quo iniuriarum agere volebam, *stipulatione tali commissa* decesserit: nam non competit mihi adversus heredem eius *ex stipulatu* actio, et hoc Iulianus scribit. *Secundum quod et si fideiussores dati erant, minime dabitur* in eos actio mortuo reo 〈. . . .[1]〉 Idem Pomponius. *si non post longum tempus* decesserit, 〈. . .[2]〉 quia si ad iudicium venisset, litem cum eo contestari *actor* potuisset.[3])

Der Hauptinhalt der Stelle bezog sich auf die Wirkungen der Desertion des Vadimoniums. Im ganzen mußte der Urtext sagen (und trotz Veränderung der technischen Wendungen sagt er es sachlich immer noch): wenn derjenige, welcher mit Injurienklage vorgehen wollte, vor der litis

---

[1]) Hier war eingefügt das fr. 55 D. 23, 3, welches von den Kompilatoren herausgerissen und verändert wurde. Siehe Lenel, Pal. I c. 1148 n. 8, aber auch weiter unten S. 86.

[2]) Siehe unten S. 86.

[3]) Ich habe die von der heutigen Kritik nur zum Teil festgestellten Interpolationen mit Kursivschrift wiedergegeben. Im übrigen verweise ich einstweilen auf Lenel, Pal. Paul. 1073, vol. I 1148 n. 3—10; Naber, Mnemos. Bd. 17, S. 120f.; Beseler, Beitr. III, 54; Wlassak, Prozeßformel, Berichte der Ak. der Wiss. in Wien 202 (a. 1924) S. 166 Anm. 29.

contestatio, aber nach der Desertion des Vadimoniums gestorben ist, oder wenn der, gegen den die Klage gerichtet werden sollte, in diesem Zeitpunkt gestorben ist, so ist alle Wirkung des Vadimoniums erloschen. Und wenn der Beklagte sponsores gestellt hat, so sind auch diese mit dem Tod des Klägers oder des Beklagten befreit; denn alle diese für die Ausübung und Sicherung der Injurienklage vorgesehenen Rechtsakte haben ihre Grundlage in der Klage selbst und hängen darum von ihrem Gegebensein ab. Ist diese also infolge des vor der litis contestatio eingetretenen Todesfalles untergegangen, so fallen auch alle jene Akte in sich zusammen.

Alles dies ist klar.[1])

Der hervorragendste Punkt, auf den ich die Aufmerksamkeit besonders richten möchte, wird von Paulus unter dem Namen des Pomponius berührt. Hier ist der Text sicherlich verstümmelt. Die Hinzufügung „*si non post longum tempus*“ ist augenscheinlich und heute, wenigstens in der Hauptsache, von allen erkannt.[2]) Aber die sicherlich noch bemerkenswertere Verstümmelung ist dem Auge der

---

[1]) Vgl. Ubbelohde, Die Lehre der Unteilbarkeit der Oblig. S. 175. Indessen hat die moderne Kritik neue Probleme gestellt. Die schwankende Terminologie im Text: non competere — dari — non permitti — hat die Frage entstehen lassen, ob die actio vadimonii ipso iure oder nur mit Hilfe des Prätors verschwinde. Vgl. die in der vorigen Anmerkung angegebenen Autoren. Man muß sich jedoch gegen Beseler a. a. O. zugunsten des ipso iure Verfalles entscheiden. Denn jede Schuld setzt einen objektiven Rechtszustand voraus, dessen Wegfall auch die vorher vollendeten Rechtsakte hinfällig macht. So bei der stipulatio einer Dienstbarkeit, falls der Stipulant sein Grundstück verkauft hat: Paul. S. V, 7, 2; bei der dotis dictio des Vaters, wenn dieser die Tochter vor der Eheschließung emanzipiert hat (die Beweisführung dazu in meiner Dotis dictio); für das Vadimonium ist zu beachten Paulus S. 1, 13 [a], 1: mortuo reo . . . periculo liberatur, obwohl der Text natürlich verändert ist (siehe ad l. c. Seckel und Kübler). Über fr. 4 D. 2, 8 siehe unten S. 90. Im ganzen gibt das fr. 10 von Paulus auch noch in seiner heutigen Gestalt die grundlegenden Sätze des klassischen Rechts wieder.

[2]) Siehe Ubbelohde bei Hartmann, Röm. Gerichtsverfass. S. 364 n. 45; Lenel, Pal. l. c. n. 8; Naber, Mnemos. Bd. 28 (a. 1900) S. 439.

modernen Kritiker entschlüpft. Faber[1]) dagegen hatte zu viel gestrichen.

Der Text sagt:

Idem Pomponius, *si non post longum tempus* decesserit, quia si ad iudicium venisset, litem cum eo contestari *actor* potuisset.

Ich vermute, daß die Ausführung des Paulus eingehender war. Sie hätte etwa lauten müssen: Wenn der Beklagte nach der Desertion des Vadimoniums, aber noch vor Ablauf des für die Klagerhebung bestimmten Jahres gestorben war, so konnte der Prätor eine gegen den Erben gerichtete Formel mit der Fiktion „ac si lis contestata fuisset" zulassen. Da Tribonian diesen ganzen Teil der Stelle aus den bekannten legislativen Gründen (Unterdrückung technischer Elemente, Verschmelzung des ius civile und honorarium)[2]) gestrichen hat, so ist im Text der ganze Tatbestand und die Entscheidung selbst verschwunden, und die Periode *si non* ... tritt nun als Ausnahme des Falles der *fideiussores* auf, gegen die die Klage „mortuo reo" nicht gestattet wurde. So Lenel.[3]) Aber gegen diese Anknüpfung ist viel zu sagen.

Abgesehen davon, daß jenes Stück sichere Anzeichen der Hand Tribonians trägt[4]), ist für mich die Beobachtung entscheidend, daß sich hier alsbald das anschließen mußte, was man im fr. 55 D. 23, 3 liest, wie auch Lenel treffend erkannt hat. Dann aber ist es nicht möglich, den Satz mit den Worten „*si non* ..." für eine Ausnahme des weitabgerückten Fidejussorenfalles zu halten.[5]) Wenn ferner der

---

[1]) Ration. ad Pand. ad h. l. Er verdächtigt den ganzen Schluß der Stelle [si non ... potuisset]; er verwendet jedoch lediglich logische Argumente, die er dem ersten Teil des Paulinischen Texts entnimmt. Faber war ein scharfer Exegetiker und Kritiker, aber den Mechanismus der Formeln konnte er schwerlich kennen.

[2]) Vgl. meine zit. Abhandlung „Fasi fattori cet." S. 261f.

[3]) Pal. l. c. n. 8.

[4]) *minime dabitur*, vgl. Beseler l. c., welcher aber zu viel streicht.

[5]) Lenel, Pal. l. c. stellt das fr. 55 cit. wieder her als ein entgegengesetztes mit „quamquam" eingefügtes Beispiel. Ich vermute dagegen, daß das Beispiel von derselben Gattung war, also einen analogen Fall behandelte, etwa „quemadmodum non tenerentur sponsores patris, qui dotem dixisset, si is ante nuptias decessisset (Beweisführung in meiner

Schluß eine Fiktion der Litiskontestation voraussetzt, so ist die Folgerung unabweislich, daß die Klage eben mittels der Fiktion gegen den Erben gerichtet werden konnte. Glücklicherweise setzt das die erhaltene Begründung außer Zweifel, sie führt sogar zu festen Schlußfolgerungen.

Die von Pomponius angeführte Ausnahme mußte mit ihren faktischen Voraussetzungen unzweifelhaft am Platze erscheinen und so zu einer weiteren Entwicklung der geprüften Rechtsfrage führen, die recht eigentlich den Charakter einer „quaestio" hatte. Die Begründung führt uns wahrlich ohne viel Einbildungskraft zur Wiederherstellung des verstümmelten Stückes, mit größerer Sicherheit noch, als wenn der Archäologe mit einigen Marmorstücken eine Statue neu belebt. Das kommt daher, daß die souveräne Kunst der römischen Jurisprudenz in ihren Entscheidungsgründen nicht nur die ratio decidendi zu geben, sondern auch die wesentlichen Voraussetzungen des Falles zusammenzuschließen weiß. In unserem Falle sind dieselben mathematisch genau zu bestimmen.

a) Ausbleiben der Litiskontestation durch Schuld des Beklagten (deserto vadimonio — wie in der vorausgehenden Ausführung des Textes).

b) Tod des Beklagten.

c) Prätorische Erteilung einer „formula ficticia", deren Elemente in der erhalten gebliebenen Periode sehr scharf hervortreten.

So lebt der Text von neuem in seiner ganzen Integrität und in seinem vollen Wert wieder auf. Nur zum Zwecke der Beweisführung versuche ich, denselben, wie folgt, wiederherzustellen.

Idem Pomponius, ⟨qui adicit, si is cum quo iniuriarum agere volebam, deserto vadimonio, antequam dies actionis exierit⟩ decesserit, ⟨aequum esse praetorem adversus heredem eius illam formulam „ac si lis contestata fuisset"

Dotis dictio). Die von Lenel vermutete Beziehung des fr. 55 cit. auf die actio rei uxoriae hat in unserem Texte keinen Anhalt.

mihi dare⟩, quia si ad iudicium venisset litem cum eo contestari potuissem.[1])

Diese Wiederherstellung, wie sie auch sei, beweist die von mir wiederholt betonte Wahrheit, daß die schwersten Mängel der Texte auf Eingriffe, Verstümmelungen und Zusammenziehungen der Kompilatoren zurückzuführen sind, die gezwungen waren, technische und formelle Elemente des Prozeßrechts wie des Zivilrechts zu streichen. Andererseits aber wurden die Rechtsnormen und Entscheidungen inhaltlich doch fast immer aufrechterhalten, obschon sie nun in unglücklicher oder auch stumpfer Form erscheinen. So in den bisher betrachteten Fragmenten 33 und 10 § 2.

Meine Wiederherstellung des fr. 10 § 2 bedarf jetzt weiterer Erläuterungen vom historischen, technischen und dogmatischen Gesichtspunkt aus, damit sie gegen jede Kritik geschützt sei.

1. Lenel[2]), der Ubbelohde[3]) folgte, bemerkt, daß die Phrase *post longum tempus* den Platz der anderen „post rerum actum" eingenommen habe. Doch zeigt Lenel einige Unsicherheit. Dagegen bemerke ich, daß man in unserem Falle nicht an den in vadimonio bestimmten Termin, in iure zu erscheinen, denken kann, weil der Beklagte als an diesem Tage noch lebend vorausgesetzt wird (si ad iudicium venisset *cet.*), und ebensowenig an die Prozeßverjährung, die ja erst von der hier gar nicht stattgehabten constitutio iudicii ab läuft.[4]) Statt dessen war bei der Injurienklage, welche „intra annum"[5]) zu erheben war, von vornherein die

---

[1]) Der Text der B.VII, 16, 10 ist gewiß aus den Digesten entnommen. Aber er ist in guter Ordnung, und es liegt die Vermutung nahe, daß Dorotheus bei der Übersetzung den genuinen Text vor Augen gehabt hatte. Vgl. Riccobono, Mél. Fitting II S. 163f. und BIDR. 18 S. 197f. Gewiß ist jedenfalls, daß nicht allein der Schluß der Stelle in erster Person steht: *ἠδυνάμην κατ' αὐτοῦ προκατάρξασθαι*; sondern daß derselbe auch dem vorhergehenden Falle der Desertion des Vadimoniums unmittelbar beigeordnet ist, so wie ich die Stelle wiederhergestellt habe.

[2]) Pal. l. c. n. 8. [3]) Apud Hartmann l. c.

[4]) Gai IV, 104: Wlassak, Proz. Ges. II, 28; Hartmann o. c. S. 432f.; Wenger, Inst. ZPR. S. 168.

[5]) Cod. IX. 25 c. 5. D. 44. 7. 35 [dazu Beseler, Beitr. IV S. 258]. Vgl. fr. 1 § 4 D. 2. 3: neque post annum neque in heredem datur.

Klagefrist zu beachten. Wenn nun seit der Tat mehr als ein Jahr verflossen war, konnte der Beleidigte keine Hilfe vom Prätor erlangen, da nur die Litiskontestation die Klage vor dem Erlöschen retten konnte. Andere prozeßrechtliche Akte waren hierzu untauglich.

Diese zeitliche Begrenzung wird denn auch in den Texten aus verschiedenen Gründen oft behandelt. Ich führe an:

fr. 3 pr. D. 2, 12: aut actionis dies exiturus est. Vgl. 1 § 2 D. eod. ut lis contestetur — 3 § 1 D. eod. aut actionis dies exiturus est.

fr. 28 § 4 D. 5, 1: sed si dies actionis exitura erit ... ut lis contestetur.[1])

fr. 10 D. 27, 6: et interea dies actionis exierit.

fr. 3 § 1 D. 42, 8: data opera ad iudicium non adfuerit ...[2]). Vgl. noch fr. 12 und 43 § 6 D. 3, 3.[3])

In unserem Falle also wurde vorausgesetzt, daß die Klage nicht schon wegen Ablaufs des Jahres verfallen war, weil nur dann der Prätor causa cognita eine Formel mit Fiktion geben konnte. Nabers Ersatz „*si non post conventionem*“ für *longum tempus* hat keinen Anhalt.[4])

Die Phrase *post longum tempus* und ähnliche sind an Stelle der Gesetzestermine, Fristen usw. oft interpoliert.[5])

---

[1]) Siehe übrigens über den Text Wlassak, Judikationsbefehl, Berichte d. Ak. d. Wissensch. Wien 197, 4 (a. 1921) S. 102; Provinzialproz., Berichte d. Ak. d. Wissensch. Wien 190, 4 (a. 1919) S. 66 n. 24; aber auch Lenel ZSS. 24 S. 338.

[2]) Zur Kritik des Textes siehe v. Woeß, ZSS. 43 S. 501. Ich halte denselben nur für zusammengezogen.

[3]) Vgl. Hartmann-Ubbelohde o. c. S. 432. Auch der Schluß des fr. 16 D. 1, 18 (placet) ist zu beachten: si quid tamen invito accidit, veluti si iniuriam aut furtum passus est, hactenus ei ius dicendum est, ut litem contestetur ...: Beseler, Beitr. 1, 5 hält diesen Teil des Textes für sachlich sehr verdächtig. P. Krüger ad h. l. zweifelt. Aber wahrscheinlicher ist, daß der Satz einer Zusammenfassung der Kompilatoren seine Fassung verdankt. Vieles darin ist also klassisch, wie die oben zitierten Stellen beweisen.

[4]) Mnemos. Bd. 28 S. 439.

[5]) Aber jeder Text verlangt eine Prüfung für sich. Hier kann ich nur einige Stellen anführen: fr. 18 pr. D. 5, 1 — fr. 24 D. 31 — fr. 58 D. 35, 2

2. Es ist wohlbekannt, daß in jedem Fall, in dem der Beklagte, sei es durch Nichterscheinen, sei es durch Vereiteln der Litiskontestation, die Verwirklichung der Klage zu hintertreiben suchte, der Prätor eingriff, indem er gegen den Böswilligen missio in possessionem (vgl. fr. 2 pr. D. 42, 4 — fr. 21 § 2 D. 4, 6 — Cicero pro Quinctio 19, 6)[1]) oder, je nach den Umständen, in integrum restitutio erteilte, siehe z. B. fr. 3 § 1 D. 2, 10, wo man die Begründung liest:

ne propter dolum alienum reus lucrum faciat et actor damno adficiatur.

Diese Begründung, auch wenn sie der Form nach nicht ganz echt[2]) ist, ist dennoch sicherlich klassisch.[3]) Sie erscheint noch berechtigter, wenn der dolus dem Beklagten selbst zugeschrieben wird.

Vielleicht empfiehlt sich auch die Vergleichung mit fr. 4 D. 2, 8, wo eine Klage gegen den Vindex gegeben wird, falls der Beklagte nach dem dies exhibitionis gestorben ist:

si autem post diem exhibitionis decesserit ... *utiliter agi potest.*[4])

Ich möchte mit Collinet[5]) den Schluß der Stelle für verändert halten, aber ihre Wiederherstellung ist nicht möglich, da sie eine genauere Kenntnis der Haftung des Vindex voraussetzt, als wir sie haben. Nur vermuten kann man, daß das *utiliter* an Stelle einer auf Fiktion bezüglichen Wendung eingefügt worden ist.

Und wenn sich nicht leugnen läßt, daß es eine Fiktion der Litiskontestation gab[6]), dann ist es natürlich, daß sie

— fr. 135 § 2 D. 45, 2. Über diesen letzteren vgl. Guarneri, Annali Sem. giur. Palermo Bd. XI S. 255. — Paulus S. V, 5ª 8, dazu Seckel-Kübler.

[1]) Vgl. Lenel, EP. S. 72f.

[2]) Die Kompilatorenhand ist sichtbar im vorausgehenden *competere.* Vgl. P. Krüger, ZSS. 16 S. 4.

[3]) Die moderne Kritik ist streng gegen solche Begründungen; aber zu Unrecht.

[4]) Siehe Lenel, Ed. S. 68f.

[5]) Von Dessertaux, Mél. Cornil I S. 191 Anm. 2 zitiert. Siehe über den ganzen Text Dessertaux selbst l. c. S. 188f.

[6]) Vgl. weiter unten S. 91. Vgl. außerdem, was ich über Tilgungen oben S. 88 gesagt habe.

sehr oft und in hervorragenden Fällen Verwendung finden mußte.[1])

Jedenfalls war die Angemessenheit und sogar Notwendigkeit, demjenigen zu helfen, der die Injurienklage erheben wollte, während der Beleidiger deserto vadimonio gestorben war, so dringend, daß man sie auch dann in Rechnung stellen müßte, wenn von ihr keine Spur in den Quellen zu finden wäre.

Die aktive und passive Unübertragbarkeit der Injurienklage vorausgesetzt, hatte der Tod des Beklagten vor der Litiskontestation in der Tat unvermeidliche Folgen. Die actio erlosch mit dem Tode einer Partei, und mit ihr erloschen alle zu ihrer Verwirklichung vorgenommenen Akte (vadimonium — sponsiones). Alles fiel in sich zusammen.[2]) Mit genauer Wendung sagen die Römer, daß diese

---

[1]) Es gibt denn auch Texte, die von iudicium (quod) redditur etiam in invitum sprechen. Mittels Fiktion? Siehe das fr. 83 § 1 D. 45, 1, darüber Guarneri BIDR. Bd. 33 S. 218f., welcher aber zu viel streicht; gemäßigter und der Wahrheit näher Schulz in ZSS. Bd. 43 S. 212, 213. Das Grundproblem der Durchführung einer Klage gegen einen invitus macht noch immer große Schwierigkeiten. Siehe die Glosse ad l. 83 § 1 zit. Wlassak, Anklage. Abwehr gegen Lotmar in Berichten der Ak. d. Wiss. in Wien (a. 1920) S. 16f. Im übrigen kann die Möglichkeit, daß auch im Privatprozeß mittels der Fiktion der Litiskontestation die gerichtliche Einsetzung eines iudicium in Abwesenheit des Beklagten stattfinden konnte, nicht, wie es heute gewöhnlich geschieht, ausgeschlossen werden. Vgl. vor allem Wlassak und Wenger (unten S. 92 zit.). Ferner Steinwenter, ZSS. 46 S. 376, 377; Levy, ibid. S. 368; Koschaker ibid. 40 S. 367. Jedenfalls gab es in der cognitio extra ordinem eine „pronuntiatio" in Abwesenheit des Beklagten [fr. 26 § 7 D. 40, 5; c. 7, 1[b] Cod. 6, 49], und dies sollte zu einsichtigerer und höherer Wertschätzung der Texte mahnen. Über fr. 1 § 1 D. 2, 12 hat bereits Wlassak (Prov. S. 63ff.) viel Schönes geboten [siehe Mitteis, ZSS. 40, S. 363]. Aber das Resultat dieser Kritik kann nicht als Endpunkt gelten. Auch im Privatprozeß war oft das Ziel ohne Zwang nicht erreichbar. Die Fiktion der LC. konnte dazu dienen. Alles das leugnet ganz entschieden Wlassak (Provinzialproz. S. 43), der in diesem Punkte jede Möglichkeit einer Vereinigung des einen Systems mit dem anderen ausschließt. Die heute herrschende Meinung folgt allerdings Wlassak, durch dessen Kritik die Lehre von Keller und Lotmar als überwunden zu erachten ist. Aber die Quellen bieten immer wieder Gesichtspunkte, um die Probleme in ein neues Licht zu setzen.

[2]) Der Fall des fr. 10 § 2 bedarf also ernsterer Überlegung. Nach dem Verfall der actio iniur. konnte der Beleidigte keine Hilfe mehr erhalten,

Klagen „morte finiuntur, intercidunt, pereunt". Vgl. 29 D. 4, 2 — 32 pr. D. 35, 2 — Cod. 2, 22, 6.

Aber das Honorarrecht kann zu Hilfe kommen (vgl. „succurrere" im fr. 3 § 3 D. 2, 10 von Julian).

Jetzt erst können wir Gai. IV 112 vollständig verstehen:

Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aeque competunt aut dari solent. Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere: velut furti . . .

Gaius sieht an diesem Orte ganz von der Litiskontestation ab.

Er beschränkt sich auf die Wendung „dari solere". Diese ist kein Füllwort, sondern hat einen besonderen Hintergrund. Sie kann dahin verstanden werden, daß der Prätor ohne die Litiskontestation keine Klage gegen die Erben zu geben pflegt, aber sie schließt die Möglichkeit nicht aus, daß er sie in besonderen Fällen doch erteilt.

Gaius weiß also sehr wohl, daß hier, wie immer, ein außerordentliches Eingreifen des Prätors möglich ist. Daher gilt die Ausschließung der Übertragbarkeit der Strafklage absolut für das Zivilrecht, aber nur relativ für das Honorarrecht, auch wenn dieses regelmäßig der Norm des Zivilrechts folgt.[1]) Der Prätor kann immer eine Klage geben und auch die Litiskontestation fingieren, wenn es nötig erscheint. Und ich glaube nicht, daß Wlassak, Wenger und die allgemeine Doktrin diese Möglichkeit auszuschließen beabsichtigen, wenngleich ihre strenge Ausdrucksweise bisweilen diesen Anschein erweckt.[2])

---

weder missio in possessionem noch in int. restitutio usw. Nur mit der Fiktion der Litiskontestation war ihm zu helfen.

[1]) Siehe auch Ulpian: fr. 1 pr. D. 47, 1.

[2]) Wlassak, Provinzialproz. S. 16f., 42; Wenger, Inst. ZPr. S. 101; vgl. Levy, ZSS. 46 S. 368. Wenger l. c. schreibt: „Sie (d. h. die LC.) kann nicht durch irgendein Surrogat ersetzt werden: der staatsrechtlich republikanische Grundsatz, daß nur der von den Bürgern zum Urteil über sie berufene Bürger urteilen darf, schließt jede Fiktion einer geschehenen Litiskontestation aus, wenn auch nur eine Partei nicht mittut . . . hier versagt also jede direkte Einwirkungsmöglichkeit des Prätors." Das ist zuviel gesagt. Es gibt, meine ich, für die Ausübung der iurisdictio des Prätors keine

Auch bezüglich anderer Normen des Honorarrechts, z. B. für die in integrum restitutio bringt Gaius IV, 53 die Regel, und dann deutet er für besondere Fälle Ausnahmen an: exceptis quibusdam casibus. Fraglich ist, ob unter diese Ausnahmen auch die Möglichkeit einer dem „maior" zu erteilenden in int. restitutio zu rechnen ist.[1])

Ebenso folgt im fr. 38 § 1 D. 4, 4 auf die Regel „non solere . . . succurri" die bedeutende Einschränkung, daß den minderjährigen emanzipierten Söhnen in his quae omisissent manentes in potestate in besonderen Fällen i. i. restit. gewährt wird.

Endlich schreibt im fr. 111 D. 50, 17 derselbe Gaius:

In heredem non solent actiones transire quae poenales sunt.

Wiederum sieht er von der Litiskontestation ab. „Solere" hat hier seinen klassischen Wert, obgleich die Kompilatoren von diesem Wort (wie von „plerumque") weitgehenden Gebrauch gemacht haben, um die Texte zu modernisieren oder mit anderen in Einklang zu setzen. So lernen wir, daß, auch wenn die Formulierung des fr. 111 *cit.* den Kompilatoren angehört, das „non solent" sich doch vom Urtext ableitet.

Die Kritik muß sich heute daran gewöhnen, jedes Wort, jede Phrase und Periode des Textes im Hinblick auf Institut und Autor im einzelnen abzuschätzen und nicht bloß den Wortverzeichnissen zu trauen, die für das Studium des Corpus juris vielfach unheilvolle Wirkungen gezeitigt haben.[2])

---

privatrechtlichen oder „staatsrechtlich republikanischen Grundsätze", die unüberwindlich wären. Der Prätor kann zwecks Verwirklichung des richtigen Rechts den peregrinus als civis, den Verstorbenen als Lebenden, den Sklaven als Freien, den Sohn in potestate als Emanzipierten betrachten.

[1]) Die bezüglichen Texte können der Interpolationen allein wegen nicht ausgeschaltet werden; siehe Paul. S. 1, 9, 2 — fr. 24 pr. D. 4, 4. und Justinians Bestätigungen in C. 2, 46, 3 (a. 531) . . . sive maiores, secundum quod anterioribus sanctionibus vel veteris iuris vel nostris declaratum est. C. 2, 53, 7 (a. 531) . . . vel aliis legitimis causis quae veteribus legibus enumeratae sunt.

[2]) Die ernsten Mahnworte von Pringsheim (ZSS. 46 S. 351—52) sind immer im Auge zu behalten.

3. Bei der Wiederherstellung des D. 2, 11, 10, 2 habe ich die Phrase „ad iudicium" aufrechterhalten, die Lenel in der Pal. und P. Krüger in der Ausgabe der Dig. beanstanden, weil sie in dieser Anwendung regelmäßig für „in ius" eingeschoben sei.[1] Aber Wlassaks[2]) Beobachtungen über die Terminologie bei Cicero und den klassischen Juristen sind erschöpfend. 'Iudicium' hat auch eine umfassende Bedeutung, welche den ganzen Prozeßgang von der Litiskontestation ab einschließt.

4. Ich habe das Wort *actor* getilgt, der genaueren Terminologie folgend, wie sie in unserem Texte fortwährend erscheint. Vor der Litiskontestation gibt es keinen *actor*, sondern nur den 'qui agere vult' und den 'cum quo agitur'.[3]

5. Die Echtheit der ganzen überlieferten Periode am Schlusse des fr. 10 § 2 wird gestützt durch den Vergleich mit einem Julianischen Texte, der jedoch keinen identischen Fall behandelt.

fr. 3 § 4 D. 2, 10 Iul. 2 dig.

. . . tanti enim mea interfuisse videtur, quia si venisset in iudicium, actio mihi centum adversus reum vel adversus heredem eius competebat.

Es scheint mir, daß der Text auch wegen der Phrase „vel adversus heredem eius" bemerkenswert ist, die, wenn sie nicht überflüssig sein soll, sich auf eine Strafklage beziehen mußte, welche mittels der Litiskontestation auf den Erben übergegangen wäre. Hätten die Kompilatoren die Stelle verkürzt und die Erwähnung der Strafklage gestrichen, so würde der Zusammenhang des fr. 3 § 4 mit fr. 10 § 2 ganz eng erscheinen.

---

[1]) Schon Gradenwitz, Interp. S. 100.

[2]) Proz. Ges. I S. 26, II S. 43f. [wo er in unserem Text auch „ad vadimonium venire" für möglich hält; so auch Naber, Mnemos. Bd. 17 S. 123]; Prozeßformel S. 116 Anm. 32; Provinzialproz. S. 37 Anm. 5, S. 64 Anm. 17; Wenger, Inst. ZP. S. 20 Anm. 6, S. 181 Anm. 1. Siehe auch Keller Litiscontestation S. 59 Anm. 4, S. 65 Anm. 10, wo er unsere l. 10 § 2 anführt.

[3]) Vgl. Wenger, Inst.. ZP. S. 78 Anm. 2; Wlassak, Proz. Gesetze II S. 33; siehe auch Gai IV, 88, ferner Paul. ad Plaut. fr. 15 D. 46, 8.

6. In den Gesetzen der nachklassischen Periode begegnet man auch, wie bekannt, der Vorstellung einer Fiktion der Litiskontestation.[1]) Diese Erscheinung ist sehr bemerkenswert und noch nicht aufgeklärt. Die kaiserlichen Gesetze dieser Periode stellen nämlich die precum oblatio[2]), die sola conventio[3]), die detentio[4]) der Litiskontestation gleich: litis contestationem imitatur ea detentio; so spricht noch Kaiser Justinus. Man beachte, daß Gaius IV, 111 gerade „imitatur" im allgemeinen für die Fiktion gebraucht. Die Erklärung dieser Fiktionsfigur ist jetzt für uns leicht. Sie findet sich schon bei Constantin[5]), d. h. sehr bald nach dem Verfalle des Formularprozesses und der Tätigkeit römischer Magistrate. Es liegt daher auf der Hand, daß sie von der Fiktion des Formularprozesses herkommt, deren Spuren wir im fr. 33 D. 44, 7: '*quasi lite contestata cum mortuo*' gefunden haben.

Dasselbe Phänomen haben wir bei der stipulatio festgestellt.[6]) Ihre feierliche Form wurde zuerst vom Prätor abgeschwächt mittels der Fiktion, daß die nicht gesprochenen Worte gesprochen seien.[7]) Von dieser Fiktion leitete sich ganz natürlich in der nachklassischen Praxis die Annahme her, daß die Schrift den gesprochenen Worten gleichzustellen sei. Auch bei der Stipulation begegnen wir den Worten *videtur*, *creditur*, *intellegitur*, *perinde haberi ac*[8]), ganz wie bei der Litiskontestation. Jetzt wissen wir endlich, daß die nachklassische Praxis und die Kompilatoren des 6. Jahrhunderts sehr oft mit Elementen des Honorarrechts arbeiteten, die, aus den klassischen Rechtssystemen herausgerissen, absonderlich erscheinen und daher von der moder-

---

[1]) R. Sohm, Die Litis Cont. S. 5, 65f.

[2]) C. Th. 1, 2, 10 (a. 396) dazu die Interpretatio, vgl. C. J. 1. 20. 1.

[3]) C. J. 7, 39, 7 pr. (a. 525). Vgl. Sohm a. a. O. S. 13f.

[4]) C. J. 7, 39, 7, 5.

[5]) C. J. 3, 19, 2, 1 (a. 331): tamquam lite ... ex die quo possessor ad iudicium vocatus est ... contestata ...

[6]) Vgl. meine Abhandlungen in ZSS. Bd. 35 S. 235f., Bd. 43 S. 262f.

[7]) Z. B. im fr. 4 § 3 D. 27, 7; Riccobono, ZSS. Bd. 43 S. 351.

[8]) Texte a. a. O. (vgl. die vorhergehenden Anmerkungen).

nen Kritik gern scholastischen Erfindungen zugeschrieben werden.[1])

4. Vergleich zwischen fr. 10 § 2 D. 2, 11 und fr. 33 D. 44, 7.

Nachdem wir so den Wert und die Form des fr. 10 § 2 festgestellt haben, scheint es zweckmäßig, das Fragment mit dem fr. 33 desselben Paulus zu vergleichen und so die Gedanken der großen Ausleger unserer Quellen — in erster Linie der Glosse — genauer zu entfalten.

Man könnte fragen: Was haben denn die beiden Texte miteinander gemein, daß sie eine engere Verwandtschaft nahelegen und sogar zu dem Wiederaufbau der vorliegenden Doktrin für das klassische wie für das justinianische Recht eine geeignete Basis bieten könnten? Ich antworte: was vorher ungewiß und nebelhaft war, ist jetzt in jeder Richtung

[1]) Weiter unten S. 107 werden wir die Litiskontestation des Justinianischen Rechts als eine Schöpfung der Rechtsschulen zu Berytus antreffen. Es kann nichts Verkehrteres geben als diese Meinung, und ich will an diesem Orte, um Wiederholungen zu vermeiden, ein für alle Male darüber den Stab brechen. So hat R. Sohm (junior) o. c. S. 107, Peters, Worten und Hypothesen folgend (Ehre dem Andenken der beiden tapferen jungen Gelehrten!), geschrieben: „Es liegt am nächsten, in der Rechtsschule von Beryt, dem Zentrum der Jurisprudenz des 5. Jahrhunderts, die Heimat und in den ἥρωες der zweiten Gelehrtengeneration vor der Generation Justinians die Schöpfer der neuen Theorie über den Zeitpunkt der litis contestatio zu vermuten." Siehe dagegen Fliniaux o. c. S. 194; auch Wlassak, Anklage S. 229 und Abwehr S. 52, 53, welcher die Lehre in erster Linie sehr richtig der Praxis zuschreibt, aber dann, zur Huldigung für den jungen Gelehrten, hinzufügt „und vielleicht von der Rechtsschule zu Berytus empfohlen" (S. 53 zit.). Mit Nachdruck zustimmend Koschaker, Z. 40 S. 370. So nimmt die Legende ihren Lauf. Aber diese Hypothese ist ganz parallel der Vermutung Rotondis (Scritti giuridici Bd. I S. 445, von Arangio Ruiz herausgegeben), nach welcher die berytische Schule die Schöpferin aller „praesumptiones" wäre. Siehe dagegen Riccobono, ZSS. 43 S. 315, 351, 363; Fasi e Fattori cit. S. 260, 269; Wenger, Inst. ZPr. S. 150, 289. Es liegt also auf der Hand, daß diese Erfindungen der modernen Kritik (bei aller Achtung vor den tüchtigen jungen Verstorbenen) sämtlich weit über das Ziel hinausgeschossen sind. Die Rechtsgeschichte ist eine zu ernste Wissenschaft, um solche Entgleisungen zu dulden. Die Zeit der märchenhaften Erzählungen nach Art der rerum memorabilium ist vorüber.

klar und verständlich. Betreffs des Inhalts des fr. 33 cit. lassen sich zwei Möglichkeiten denken.

1. Es ist möglich, daß Paulus im Urtexte mehrere kaiserliche Dekrete vorlegte, den Fiskalprozeß betreffend, in dem eine Litiskontestation nicht stattfand und die einfache „conventio“ genügte, um die Übertragung der Strafe auf den Erben zu bewirken. Durch die neueste Literatur ist diese Annahme zur Gewißheit erhoben. In der cognitio extra ordinem, daher auch in der kaiserlichen Kognition, verbinden sich mit der conventio, evocatio (denuntiatio) viele, wenn auch nicht alle Wirkungen, die im Privatprozeß von der Litiskontestation ausgehen.[1]) Daher geht hier nicht mit der litis contestatio, sondern mit der conventio die Strafklage allgemein auf den Erben über. Diese Tatsache ist wohl festzuhalten, wenn man die Entwicklung des römischen Rechts in seinen letzten Stadien verstehen will. Die Kaiser konnten das damals geltende Honorarrecht in ihren Dekreten anwenden und ausbauen, ohne die technisch prozeßrechtlichen Mittel des Privatprozesses zu gebrauchen. Demgemäß nehmen sie in ihrer Kognition ein einfacheres Rechtsanwendungssystem vorweg, das dann im Extraordinärprozesse allein herrschend wurde und so die Verschmelzung des Zivil- und des Honorarrechts zu einem einzigen Organismus vollendete.[2]) Dasselbe ist von der cognitio extra ordinem aller Magistrate allgemein zu sagen.

So erklären sich kaiserliche Entscheidungen, die revolutionär erscheinen und doch im Wege von Fiktionen und anderen prätorischen Hilfsmitteln schon im Honorarrecht durchaus gewöhnlich waren.

Wenn das ius edicendi der Prätoren unter Hadrian aufgehört hatte, die Entwicklung des Rechts zu fördern, so war das jetzt die Aufgabe der Kaiser geworden. Diese Aufgabe haben sie mit vollem Verständnis für die neue

---

[1]) Vgl. Partsch, Praescriptio l. t. S. 41; Boyé, La denuntiatio S. 233f.; Wlassak, Anklage, *passim*.

[2]) Vgl. meine Abhandlung in Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphil. 16 S. 503f.

Zeit durchgeführt. Dies zeigt sich besonders unter der Dynastie der Severe, aber auch schon der Antonine, die mit Hilfe ihrer besten Juristen die Verschmelzung aller Rechte beschleunigten. Der Einfluß provinzieller Gewohnheiten wirkte hier natürlich stark mit.

Da dieses Thema von Grund aus erforscht zu werden verdient, will ich hier einige Beispiele einschalten. Es wird genügen, zwei kaiserliche Entscheidungen anzuführen, eine aus Paulus 2 decretorum (fr. 93 D. 28, 5), die andere aus Marcellus 29 dig. (3 D. 28, 4). Beide zerstören die Grundsätze des Testamentrechts, und doch sind sie echt und dem Geist des Honorarrechts nicht fremd, das mittels Fiktionen zu denselben Resultaten gelangte.[1])

2. Zweitens ist es möglich, daß Paulus neben Dekreten des Fiskalprozesses — aus Gründen des Zusammenhangs — analoge Beispiele der ordo iudiciorum privatorum anführte, in denen ebenfalls die Übertragung der Strafklage auf die Erben infolge der conventio stattfand und zwar mittels einer Fiktion der Litiskontestation. Es versteht sich dann sehr gut, daß die passende Ausführung des Juristen den kürzenden Kompilatoren Gelegenheit bieten mochte, den Kontrast zwischen den beiden Prozeßformen auszugleichen und so auf dem Wege der Ausnahme in besonderen Fällen die Vererbung der Strafklage an die Fiktion der Litiskontestation anzuknüpfen.

Für beide unter 1 und 2 dargestellten Hypothesen liefert das fr. 33 cit. hervorragende Elemente. Es hat drei Punkte mit fr. 10 § 2 cit. gemein und zwei abweichende Bestandteile.

Die gemeinsamen Bestandteile sind:

a) Die Strafklage geht in beiden Stellen auf Grund der bloßen Ladung (conventio) auf die Erben über.

b) Der Tod des Beklagten. Im fr. 33 wird jedoch die Tatsache des Todes nur mittelbar vorausgesetzt.

---

[1]) Es versteht sich, daß im fr. 3 § 1 D. 28, 4 die Entscheidung von den Kompilatoren geändert wurde: *nihilominus ... quod videlicet — libertatis,* da sie in unmittelbarem Widerspruch mit der vorangehenden Entscheidung und mit deren Motivierung steht.



c) Die Fiktion, die in der Motivierung des fr. 10 § 2 ein lebendiges Ding ist, wird im fr. 33 zu einem Unding, das den Auslegern Kopfzerbrechen machen mußte — und dies aus einem uns wohlbekannten Grunde.

Die abweichenden Elemente sind:

a) Im fr. 33 die von Savigny[1]) hervorgehobene Erwähnung der „poena", die einen Fall des Fiskalprozesses nahelegt.

b) Das Schuldmoment ist im fr. 10 § 2 D. 2, 11 sehr wesentlich, da hier die Desertion des Vadimonium vorausgesetzt wird.

Die Erklärung der gemeinsamen wie der abweichenden Elemente findet sich in den oben besprochenen Hypothesen und wird im folgenden in noch hellerem Lichte erscheinen.

5. Das justinianische Recht.

Das erzielte Ergebnis ist nunmehr für die kritische und dogmatische Wertung der fr. 10 § 2 und 33 als Teile des justinianischen Rechtes nutzbar zu machen. Ich verhehle mir dabei nicht, daß dieses Problem, wie immer, ein viel schwereres ist. Denn das klassische System war organisch herausgewachsen aus einem massiven und mächtigen Stamm, und wenn es verschiedene Rechtsordnungen aufwies, so wirkten doch die besonderen Jurisdiktionen, Normen und Ausnahmen zu der Verwirklichung des Rechts harmonisch zusammen. Außerdem haben wir für die Grundliniendes klassischen Systems im Werke des Gaius einen ausgezeichneten Führer. Auf dem Gebiete des byzantinischen Rechts dagegen wird die Harmonie zur Verwirrung, die Kraft der juristischen Logik verliert ihre Macht, Jurisdiktionen und Normen verschmelzen sich mit einander und verwirren sich. So kommt es, daß bei allen Instituten und Doktrinen Zweifel und Unsicherheiten hervortreten, verursacht durch die Vermischung der Normen, der Prozeßformen, der alten und neuen Ordnungen; durch verschiedene und widerspruchsvolle Entscheidungen, die ja aus dem Tatbestandsgefüge der Originaltexte herausgerissen sind und deshalb der wesentlichen Unterscheidungs-

[1]) System VI S. 14.

merkmale ermangeln; endlich durch die Unzulänglichkeit des legislativen Werks.

Außerdem sind viele Auszüge und Zusammenfassungen der Kompilatoren bösartig und somit irreführend. Viele von ihnen haben neuerdings das Entstehen jener Legende veranlaßt, wonach die byzantinischen Rechtsschulen eine große und wirksame juristisch aufbauende Tätigkeit entfaltet haben sollen. Eine schlimme Legende, die aus unzureichender Erkenntnis der jahrhundertelangen und mächtigen römischen Rechtsentwicklung hervorgegangen ist.

Sind die Texte bösartig verwickelt, so fordern sie eine genauere Prüfung. Vor allem ist zu sehen, ob sie nicht von ungeschickten Zusammenfassungen herrühren und ob irgendwelche überlebenden Elemente des klassischen Systems aus ihnen zu entnehmen sind. Dafür hat der vorsichtige Ausleger zwei Orientierungspunkte.

Erstens muß er die jeweilige klassische Regelung nachprüfen, die, wenn auch nicht immer offensichtlich, in einzelnen Texten oder in Textgruppen Spuren zurückgelassen haben kann. Da die Kompilatoren sehr mechanisch und eilig arbeiteten, so wird die Hoffnung auf ein gutes Ergebnis niemals getäuscht. Die Erfahrung lehrt es. Um eine von den Kompilatoren begrabene Doktrin herauszubringen, genügt oft eine Phrase, eine Begründung, ein Vergleich, auch wenn sie an ihrem jetzigen Platze wertlos oder störend erscheinen.

Zweitens ist die Tendenz des Gesetzgebers des 6. Jahrhunderts im Auge zu behalten, die durch seine ausdrücklichen Erklärungen, durch die systematischen Interpolationen und hauptsächlich durch den sich jetzt allmählich klärenden Entwicklungsprozeß des neuen Rechtes genügend ins Licht gerückt ist.

Machen wir von diesem Leitfaden Gebrauch, so ist ersichtlich, daß fr. 33 D. 44, 7 im Organismus des Corpus iuris den Ausnahmecharakter bewahrt hat, den im klassischen Rechte der Originaltext besaß. Das fr. 33 ordnet sich, wie wir gesehen haben, mit fr. 10 § 2 D. 2, 11 gut zusammen: beide sind von den Kompilatoren interpoliert und zusammengeschweißt. Das heißt: die passive Vererbung der Strafklagen ist eine Folge regelmäßig der Litiskontestation,

ausnahmsweise der bloßen conventio. Die Ausnahme stammt von dem Extraordinärprozeß und vom Honorarrecht her, im letzteren durch Fiktion der Litiskontestation vermittelt.

Dieser Schluß stimmt in allem mit den besten Ergebnissen der neuesten Forschungen überein, nach denen sich, wenn nicht die Bedeutung so doch die Verwendung der Litiskontestation im justinianischen Rechte verstärkt hat.[1]) Tatsächlich wurde sie auf alle Prozeßgattungen ausgedehnt: auf das iudicium publicum des Kriminalrechts, auf die Extraordinärkognition und somit den Fiskalprozeß, auf die Interdikte, welche jetzt den Normen des gemeinen Rechts und des gewöhnlichen Prozesses folgen.

Und dies widerspricht nicht dem normalen Entwicklungsgang des byzantinischen Rechtes, wie vielleicht derjenige denken könnte, der die Litiskontestation lediglich als ein Überbleibsel des alten Rechtes ansieht. Allerdings führte die normale Entwicklung der prozeßrechtlichen Institute zur Bevorzugung des Systems und der Normen, die der cognitio extra ordinem eigen waren, weil diese sich durch progressive Ausdehnung mit allen ihren Attributen erweiterte und überdies vom staatsrechtlichen und prozessualen Standpunkt aus die Neuzeit verkörperte. Andererseits aber paßte sich in der nachklassischen Periode die Litiskontestation der Extraordinärkognition in allem vollkommen an. So verhält es sich fast bei allen Instituten des justinianischen Prozeßrechts, welches der extra ordinem cognitio seine hauptsächlichen Normen entnahm, aber gleichzeitig unter angemessener Umformung viele Elemente des ordo privatorum sich zu eigen machte.

All das fängt man an jetzt klarer zu sehen, hauptsächlich dank dem großen Werke Moritz Wlassaks. Aber es bleibt noch vieles zu tun übrig, insbesondere für die Litiskontestation, die doch schon seit einem vollen Jahrhundert ein mit Recht bevorzugtes Thema bildet. Ich kann hier nur in aller Kürze meinen Standpunkt darlegen.

[1]) Vgl. vor allem Wlassak, Anklage S. 148, 180f.; Wenger, Inst. ZP. S. 276f.; Koschaker, ZSS. 40 S. 369. – Siehe schon Eisele, ZSS. 15 S. 273.

Es ist schon festgestellt, daß die cognitio extra ordinem der Formel und der Litiskontestation ermangelte. So mußten sich in der Periode der extraordinaria iudicia sofort Zweifel und Abweichungen einstellen, wenn es den Moment der Litiskontestation zu bestimmen galt, an die die juristischen Texte die verschiedensten und wichtigsten Wirkungen knüpften.[1]) Der allmähliche Zusammenfluß aller klassischen Prozeßordnungen in das einzige System der Extraordinärkognition erklärt jene Unsicherheiten und Mannigfaltigkeiten. Gibt es in dieser Zeit Irrungen und Wirrungen auf allen Gebieten, so am meisten im Prozeßrechte. Nur ein Beispiel will ich aus älteren Quellen herausgreifen.

Die alte Regel des feierlichen Prozesses „nulla legis actio est de futuro" ist im klassischen Recht nicht allein bei der in iure cessio lebendig, sondern auch beim Formularprozeß. So schreibt noch Javolen im fr. 35 D. 5, 1: iudicium vero, antequam aliquid debeatur, (accipi) non posse. Nun heißt es in V. F. 49: (ususfructus) . . . ex certo tempore . . . an in iure cedi vel an adiudicari possit, *variatur*: videamus ne non possit cet. Hier erscheint also die Regel in Zweifel gestellt. Das *variatur* gehört sicher der nachklassischen Praxis an, die hierzu mannigfaltige Entscheidungen bot.[2]) Die Wendung des vatikanischen Texts ist bedeutungsvoll. Die justinianischen Konstitutionen bieten unzählige Fälle, in welchen von dubitationes, varietates, ambiguitates und Ähnlichem die Rede ist, und sie beziehen sich sehr oft auf prozeßrechtliche Probleme.

Dasselbe geschieht mit der Litiskontestation, die sich in jener Zeit in drei verschiedenen Fassungen offenbart:

a) Sie erscheint vollendet mit der in ius vocatio-conventio-denuntiatio, die sich nun durch Zustellung der Klageschrift vollzieht.[3])

b) Sie wird fingiert infolge der precum oblatio oder der conventio oder der detentio.[4])

c) Sie wird als vollzogen betrachtet in dem Moment, da die mündliche Verhandlung anfängt, d. h. wenn der

---

[1]) Vgl. Sohm l. c. S. 4.

[2]) Vgl. Riccobono, Studi Perozzi S. 367, 1.

[3]) Vgl. R. Sohm a. a. O. S. 94f. [4]) Siehe oben S. 95.

Beklagte vor Gericht seine Verteidigungsbehauptungen dem Kläger entgegenstellt. Diesen letzteren Begriff der Litiskontestation hat Justinian angenommen.

Die c. un. C. 3, 9 ist heute[1]) von allen als interpoliert anerkannt[2]), und zwar nicht nur am Schlusse: *lis enim ... coeperit*, sondern auch im Anfang[3]), wo die Worte stehen: *si tantum postulatio simplex celebrata sit vel ...*

Nach alledem ist — besonders gegen Sohms[4]) Endergebnisse — hervorzuheben, daß der Begriff der Litiskontestation und die Mannigfaltigkeit ihrer Formen sämtlich vom klassischen Recht herkommen; d. h. aus doppelten Prozeßsystemen, in denen je nach den Wirkungen und Rechtsinstituten verschiedene Normen galten.

a) Was die erstere Form betrifft, so ist es bekannt, daß in der cognitio extra ordinem die conventio regelmäßig so wirkte wie die Litiskontestation im Privatprozeß. Und auch im Privatprozeß gehen gewisse juristische Wirkungen, die nicht eigentlich zum Prozeßverhältnis zwischen den Parteien gehören, sondern Reflexwirkungen gegenüber Dritten darstellen, von der in ius vocatio aus.

Aus der cognitio extra ordinem ist das bemerkenswerteste Beispiel die querella inofficiosi testamenti, die sich auf Grund der bloßen praeparatio vererbt — falls die querella der cognitio extra ordinem unterstellt ist.[5]) Um Zweifel und Meinungsverschiedenheiten zu beseitigen, sind

---

[1]) Aber siehe schon Keller, Litisc. S. 63.

[2]) Wlassak, Anklage S. 150, 180, 228; Wenger, Inst. Z. P. S. 278; Berger, Grünhuts Z. 40 S. 1317; Boyé l. c. S. 249 Anm. 38; Koschaker ZSS. 40, 369; Fliniaux, a. a. O. S. 100; Steinwenter, Versäumn. Verfahr. S. 130 Anm. 4; R. Sohm l. c. S. 105f.

[3]) Zweifelnd Lenel, Ed. S. 61 Anm. 4, der an die Möglichkeit denkt, daß die postulatio sich auf die cognitio extra ordinem beziehe. Das scheint mir nicht möglich, weil das Reskript sicherlich den Privatprozeß betrifft. Vgl. c. 3 C. 2, 1 und Keller, a. a. O. S. 63; Wlassak ll. cc.; Koschaker, ZSS. 40 S. 369.

[4]) a. a. O. S. 63f.

[5]) Vgl. Eisele, ZSS. 15 S. 256f.; v. Woeß, Erbrecht S. 213f.; Wlassak, Provinzialproz. S. 38, 7; Fliniaux, a. a. O. S. 104; Koschaker, ZSS. 40 S. 366, 3.



die Kaiser eingeschritten, wie aus den fr. 6 § 2 und 7 D. 5, 2 ersichtlich ist.[1])

b) Für die zweiteKategorie, die dem Privatprozeß angehört, bieten sich viele und verschiedenartige Beispiele. Ich führe hier einige an, ohne jedoch auf nähere Einzelheiten einzugehen und ohne entgegengesetzte Meinungen zu erörtern oder zu bekämpfen.

α) Fr. 41 D. 35, 2 Paul. 9 ad Ed.

Dolo carere non videtur, si iam mota quis controversia hereditatis legata sine cautionibus det.

Selbst wenn man hier die Wendung „dolo carere" beanstanden will, so kann man doch die Entscheidung selbst nicht erschüttern: sie ordnet sich dem Schlusse des nicht beanstandeten fr. 4 § 2 D. 35, 3 vollkommen ein, wo ein victus possessor hereditatis auftritt, der dem Vermächtnisnehmer pecuniam hereditariam vel rem übertragen hatte. In diesem Sinne muß man auch unser fr. 41 cit. verstehen. Dagegen ist im fr. 17 D. 5, 3 der Fall besprochen, daß der possessor hereditatis etwas „de suo solvit". Die Wiederherstellung dieses Textes durch Ferrini[2]) ist korrekt. Aber zwischen den beiden Stellen 4 § 2 und 17 citt. gibt es keine Identität, weder in den tatsächlichen Voraussetzungen noch in der Entscheidung. Albertario[3]) hat beide vereinigt, ohne ihren Inhalt zu beachten, und so hat er die Einfügung von „controversia mota" statt „litis contestatio" auch für das fr. 41 cit. behaupten können.

β) V. Fr. 12 Papin. Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor restituere non cogetur. Vgl. fr. 19 § 1 D. 18, 6 und c. 24 C. 8, 44.[4])

γ) fr. 28 D. 25, 2. Si uxor rem viri ei, cui eam vir commodaverit, subripuerit isque conventus sit, habebit furti actionem, quamvis vir habere non possit.

---

[1]) Siehe schon Mommsen, Jur. Schriften III S. 534. Anders Albertario, ZSS. 35 S. 315, der jedoch nichts bietet, was diese heute allgemein angenommene Auffassung überwinden könnte.

[2]) BIDR. Bd. 14 S. 216. [3]) ZSS. 35 S. 311 f.

[4]) Vgl. darüber Guarneri, Annali Palermo Bd. 8 S. 436 und die dort Zitierten.



Daß in allen diesen Fällen das klassische Recht, um jene Wirkungen zu erzielen, die Litiskontestation hätte für nötig erachten können, ist nach meinem Dafürhalten nicht glaubhaft.

Indessen bildeten diese Besonderheiten gegenüber der Litiskontestation, von der allein alle regelmäßigen prozessualen Wirkungen ausgingen, gute Ausgangspunkte für die nachklassische Praxis, um an die bloße Ladung (conventio, denuntiatio, evocatio) weitere Rechtsfolgen anzuknüpfen.

Diese zweite Kategorie stammt von der Fiktion der Litiskontestation im Privatprozeß ab, wie ich das vorhin klargestellt haben dürfte.

c) Die dritte kommt wieder von der extra ordinem cognitio her, in der man, vice versa, sicher das Bedürfnis empfand, gewisse Wirkungen, die von der einfachen Ladung nicht abhängen konnten, an die mündliche Verhandlung vor dem Magistrate anzuschließen. In diesem Sinne ist das fr. 52 pr. D. 5, 1 von Ulpian 6 fideic. beachtenswert:

Sed et si suscepit *actionem fideicommissi* et aliis defensionibus usus hanc omisit, postea, quamvis ante sententiam, reverti ad hanc defensionem non potest.

Der Text beschränkt den Beklagten darauf, seine Verteidigungsmittel bei der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Magistrate vorzubringen. Eine solche Beschränkung konnte offenbar an einen anderen Moment überhaupt nicht angeknüpft werden. Und dieser Moment stimmt im wesentlichen mit der Litiskontestation des Privatprozesses überein. Der Text wird sehr oft in diesem Sinne verstanden und angeführt.[1]) Ich behaupte im übrigen, daß die Wendung *actionem fideicommissi* nicht klassisch ist. Es hieß etwa: suscepit „litem[2]) apud praetorem fideicommissarium“. Die Kompilatoren haben die besondere cogni-

---

[1]) Vgl. Naber, Mnem. Bd. 28 S. 440.

[2]) cognitionem? Siehe aber Wlassak, Anklage S. 110, 30, S. 181. Koschaker, ZS. 40 S. 367. Betreffs des im Text behandelten Problems siehe ferner fr. 19 D. 2, 1 und 7 D. 5, 1 und hierüber Wlassak a. a. O. Ich halte im übrigen das cit. fr. 7 für einen kompilatorischen Auszug. Unrichtig Fliniaux o. c. S. 193, der die Wendung „actionem fideicommissi“ verteidigt.



tio der fideicommissa fortwährend getilgt. Sie waren dazu genötigt.[1])

Nun ist außer Zweifel, daß wir der Bestimmung der Litiskontestation, wie sie von Justinian in der c. un. C. 3, 9 formuliert wurde, auch in den vorhergehenden Jahrhunderten begegnen, und zwar in einer vollkommneren Art und Weise.

So im Jahre 424, in einem Gesetz von Theodosius: Cod. Th. 4, 14, 1 . . . quia post litem contestatam in iudicium actione deducta habitaque inter partes de negotio principali conflictu.

Was R. Sohm[2]) gegen diese Auslegung der zitierten Worte sagt, ist nur eine feine Zusammenstellung von Subtilitäten.[3]) Die Wendung „in iudicium actione deducta", die vorausgeht, ist in ihrem klassischen Sinne gebraucht und beleuchtet sehr genau ihre Beziehung zur ersten mündlichen Verhandlung.

Im Jahre 363 schreibt Kaiser Julian:

C. Th. 2, 12, 1: post causam in iudicio publicatam utpote dominum litis procuratorem effectum.

Im C. J. 2, 12, 23 wurde *agitatam* anstatt publicatam eingefügt.

Beide Phrasen beziehen sich notwendig auf die mündliche Verhandlung, und die Entscheidung selbst entspricht ganz genau der Lehre des klassischen Rechts, wie sie sich aus fr. 4 § 5 D. 49, 1 ergibt.[4])

In dem Gesetz von Zeno (474—491) 3, 1ª C. 12, 29 heißt es: in subeundis autem cognitionalibus certaminibus.

Justinian spricht natürlich ausführlicher und klarer:

Cod. 3, 1, 14, 4 (530): cum lis fuerit contestata, per narrationem propositam et contradictionem obiectam in qualicumque iudicio.

C. 2, 58, 2 pr. (531) nisi per narrationem et responsionem.

C. 3, 9, c. un. lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.[5])

---

[1]) Siehe Riccobono, Fasi e Fattori cit. S. 370.

[2]) a. a. O. S. 100f.

[3]) Dagegen auch Fliniaux, a. a. O. S. 195 und die dort Zitierten.

[4]) Vgl. Fliniaux, a. a. O. S. 195. [5]) Oben S. 103.

Eine so alte ununterbrochene Überlieferung der Begriffsbestimmung der neueren Litiskontestation den orientalischen Rechtsschulen zuschreiben zu wollen, ist vergebliche Mühe.[1])

Vielmehr ist zu sagen, was sonst nur Wlassak sehr gut angedeutet hat, daß Justinian bezüglich der Litiskontestation „unter dem Einfluß der klassischen Prozeßlehre stand“.[2]) Das ist, meine ich, ohne Vorbehalt und noch präziser festzuhalten. Die neue Litiskontestation kommt aus der Praxis der cognitio extra ordinem; sie war in der nachklassischen Periode immer lebendig. Daß diese Litiskontestation nicht die alte des Formularprozesses sein konnte, ist selbstverständlich. Aber sie war auch im Formularprozeß nicht mehr jener feierliche Akt, der ihr einst den Namen verliehen hatte. Das Wesen der Dinge verändert sich, aber die Namen bleiben bestehen. So schreibt Machiavelli „Nel presente non tutto è vivo, molto anzi è fossile, e come fossile dura nei vocaboli buon tratto, poichè l'entità reale della cosa è già morta.“

Im übrigen will ich über den Namen zwei Bemerkungen hinzufügen:

Erstens, daß die Litiskontestation des justinianischen Rechts im wesentlichen mit der des alten Privatprozesses übereinstimmt und daß sie sich daher auch jetzt noch von der in ius vocatio, conventio, evocatio, denuntiatio und dergleichen wohl unterscheidet. Gerade die c. 1 Cod. 3, 9, weithin interpoliert[3]), ist in diesem Sinne entscheidend.[4])

Zweitens, daß im justinianischen Recht sich eine kräftige Wiederbelebung der Terminologie des klassischen Rechts offenbart, als Frucht eifrigen und systematischen Studiums der römischen Rechtsquellen in den orientalischen Rechtsschulen und als Offenbarung jenes Kultus, den

---

[1]) Siehe oben S. 96. [2]) Abwehr S. 52. [3]) Oben S. 103.

[4]) Vgl. Wlassak, R.-Enz. v. actio Bd. I c. 306 und die dort Zitierten; Anklage S. 148f., 228; Judikationsbefehl S. 128; R. v. Mayr, Röm. Rechtsgesch. IV S. 69; Wenger, Inst. ZP. S. 278. Dagegen Albertario, Rendiconti cit. Bd. 47, S. 573; aber A. hat in dieser ganzen Frage weder der Entwicklung des Prozeßrechts noch der Terminologie, die der cognitio extra ordinem eigen war, noch endlich den Normen dieser Prozeßart Rechnung getragen.

Justinian „reverentia“ nennt und den seine Mitarbeiter wahrlich im höchsten Grade zeigten, sowohl gegenüber dem Recht wie gegen alle römischen Juristen. Auch dies also wirkte in der Kompilation wie ein Gegenstoß, der sich in unserem Falle wie in vielen anderen besonders im Terminologischen und Formellen äußert. Früher schon[1]) habe ich dieser Kraft die seltsame Bevorzugung der „stipulatio“ vor der „obligatio literis“ zugeschrieben. Auch Worte und Formeln haben ihre Schicksale. Aber die Rezeption der alten Terminologie hatte für die Kompilatoren jedenfalls den unschätzbaren Vorteil, daß er ihnen den freieren Gebrauch der römischen juristischen Schriften ermöglichte und erleichterte.

Und wenn somit Justinian die Litiskontestation auf alle iudicia[2]) ausgedehnt hat, so schuf er damit nichts Neues, noch erweckte er Totes wieder zum Leben; sondern er beseelte und ordnete von neuem ein in Verwirrung geratenes Institut. Wie anderswo so tappt auch hier die Gesetzgebung der byzantinischen Zeit im Dunkel, ohne Führer von Fall zu Fall vorschreitend, sich stets widersprechend und berichtigend in allen Materien; so im Dotalrecht[3]), bezüglich der Form der Schenkung[4]) usw.

Die Verbesserung, die man in der justinianischen Gesetzgebung bemerkt, ist also die Folge vollkommenerer Kenntnis und geschickterer Verwendung der römischen Rechtsquellen.

6. Die Übertragung der Strafklagen auf den Erben als Wirkung der Litiskontestation.

Indem wir jetzt auf unser Thema zurückkommen, müssen wir nun den Beweis liefern, daß die Vererbung der Strafklagen im justinianischen Recht mit der Litiskontestation ebenso verbunden blieb wie im klassischen Rechte. Die, wie immer, genauen Forschungen von Wlassak machen mir diese Aufgabe sehr leicht. Die These wird durch

---

[1]) Vgl. ZSS. 43 S. 307f.

[2]) Vgl. C. 3, 1, 14, 4: in qualicunque iudicio.

[3]) Vgl. Mitteis, Reichsrecht S. 241f.

[4]) Vgl. Riccobono, Mél. Girard Bd. II S. 447f.

die Zahl der Texte an sich und durch ihr Gewicht im System des Corpus juris ganz und gar außer Zweifel gestellt. Tatsächlich bemerkt man bald, daß jene Texte von den Kompilatoren nicht aus Versehen, wie es bei längeren Fragmenten oft geschah, hier und dort aufgenommen worden sind, sondern daß sie an hervorragenden Punkten und in den verschiedensten Teilen des Corpus juris sehr oft auch in kurzen, isolierten Perioden und häufig von den Kompilatoren selbst formuliert erscheinen.

Diese Beobachtung ist für die Auslegung des Corpus juris entscheidend. Denn der Ausleger muß zwar die Kritik der Texte für die Rechtsgeschichte verwerten, in erster Linie aber doch aus ihnen die Prinzipien und Normen des neuen Rechts entnehmen.[1]) Welch anderen Zweck könnte die Kritik überhaupt haben? Den, Justinian zu schmähen, wie es vordem geschah, oder den, das Werk der byzantinischen Rechtsschulen zu rühmen, wie man es heute tut?

Indessen ist es angebracht, hier die Hauptstellen durchzusehen, unter gelegentlicher Heranziehung anderer, die sich nicht auf das engere Thema beziehen, sondern auf das weitere soeben besprochene Problem.

fr. 59 D. 44, 7 Callistratus C. 1 edicti monitorii.

Sciendum est ex omnibus causis lites contestatas et in heredem similesque personas transire.

Kurzer Text, sicher kompilatorisch: *sciendum est*[2]) — *ex omnibus causis*[3]) — *lites*[4]) *contestatas transire*; die Klassiker sprechen immer von „actio post litem contestatam". Hier handelt es sich nicht um die translatio iudicii. Auch im C. Th. 5, 16, 1, 5 (a. 419) begegnet man der Wendung: contestatas lites ... salvas ... esse decernimus. Außerdem befindet sich der Text im Titel 44, 7 der Digesten, also in der Nähe unseres fr. 33.

---

[1]) Vgl. Riccobono, ZSS. 43 S. 388f.

[2]) Eine sehr häufig von den Kompilatoren angewendete Wendung, vgl. Riccobono, Fasi e Fattori cit. S. 274.

[3]) Siehe auch für diese Wendung Fasi e Fattori cit. S. 285 und sonst.

[4]) Für das Wort „lis" siehe Wlassak, Judikationsbefehl S. 104.

fr. 86 D. 50, 17 Paul. 7 qu. Non solet deterior condicio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non essent, sed *plerumque* melior.

Plerumque interpoliert. Siehe den folgenden Text.

fr. 87 D. 50, 17 Paul. 13 qu. denique post litem contestatam heredi quoque prospiceretur et heres tenetur *ex omnibus causis.*

Ex omnibus causis Trib. Zwischen dem *plerumque* des vorigen Textes und der Phrase *ex o. c.* ist der Widerspruch scharf. Der Originaltext sollte statt dessen an beiden Orten sagen: in his actionibus quae tempore vel morte pereunt. Den Beweis liefert derselbe Paulus in demselben Werke:

fr. 29 D. 46, 2 Paul. 24 qu.

lite contestata, neque enim deteriorem causam nostram facimus actiones exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt.

Die drei Texte des Paulus drücken alle denselben Gedanken aus, der im zuletzt zitierten Text in viel echterer Form angegeben ist. Bemerke das „solet dici". Die Anwendungen des Sprichworts befinden sich alle im Einklang miteinander. Siehe unten, und außerdem:

fr. 9 § 3 D. 12, 2 Ulp. 22 ad ed. Si is qui *temporaria actione*[1]) mihi obligatus erat ... tempore non liberatur, quia (et) post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.

fr. 1 § 2 D. 2, 12 Ulp. 4 de omn. trib. ... scilicet si res tempore peritura sit, ... cogendi quidem sumus ad praetorem venire ... ut lis contestetur.

fr. 3 pr. eod. Ulp. 2 ad ed. Solet etiam ... ius dici ... de rebus quae ... tempore vel morte periturae sunt. morte: veluti furti ...[2])

fr. 3 § 1 eod. item si res ... aut actionis dies exiturus.

fr. 24 pr. D. 40, 12 Paul. 51 ad Ed. ... *quid enim si quae tales sint, ut tempore aut morte intereant? quare non concedatur ei litem contestando in tutum eas redigere?*

---

[1]) Vgl. Gradenwitz, ZSS. 34 S. 257 f.

[2]) Darüber Lenel, ZSS. 39 S. 126.



Kompilatorisches Machwerk[1]), wovon hier die Gründe nicht zu erforschen sind. Es ist aber sicher, daß Tribonian mit der Terminologie und den Instituten des Ordo iud. privatorum arbeitete.

fr. 111 § 1 D. 50, 17 Gaius 2 ad ed. prov. In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt.[2])

fr. 8 § 1 D. 27, 7 Paul. 9 resp. . . . nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur.

Formell kompilatorisch, dem Inhalt nach klassisch.[3])

fr. 28 § 2 D. V, 1 Paul. 17 ad Plaut. . . . quia hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit.

fr. 45 D. 6, 1 Ulp. 68 Ed. . . . inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam.

Der ganze Text ist zusammengepreßt, der Schluß von den Kompilatoren formuliert.

fr. 35 § 1 D. 34, 2 Paul. 14 resp. Item quaero, *si lite contestata* praetor ita pronuntiavit.[4])

fr. 139 D. 50, 17 Gaius ad ed. prael. urb. Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent.

Inclusae iudicio d. h. in der Formula. Echte Wendung, siehe lex Rubria: in eo iudicio . . . includantur. In unserem Text ist also vorausgesetzt, daß die Formula mit der Litiskontestation von den Parteien übereinstimmend angenommen wurde.

fr. 164 D. 50, 17 Paul. 15 ad Ed. *Poenalia iudicia* semel accepta in heredes transmitti possunt.

Kompilatorische Formulierung. Aber „iudicium acceptum" ist klassische Wendung für die Litiskontestation. Lis inchoata, coepta erhält in vielen Texten die klassische Bedeutung aufrecht.[5])

---

[1]) Vgl. Beseler, Beitr. 1 S. 67. [2]) Siehe oben S. 93.

[3]) Gradenwitz, ZSS. 34, S. 256 „wortgetreu, aber nicht ortgetreu"; Wlassak, Anklage S. 191 A. 5; Rotondi, BIDR. 25 S. 48; Albertario, Rendiconti cit. 47 S. 513.

[4]) Vgl. Koschaker, ZSS. 40 S. 366, 4; Fliniaux, a. a. O. S. 110, und das, was ich oben S. 106 Anm. 1 gesagt habe.

[5]) Über die Bedeutung dieser Worte siehe Wlassak, Proz. Ges. II S. 33.

Inst. IV, 12, 1 . . . poenales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis *principalibus* (?) personis fuerint contestatae, et heredibus dantur et contra heredes transeunt.

vgl. Gaius IV, 112, 113; aber die angeführte Periode ist kompilatorisch.[1])

Spezielle Klagen.

a) Actio iniuriarum. fr. 13 pr. D. 47, 10 Ulp. 57 ad Ed. . . . semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad *successores* pertinere.

fr. 28 D. eod. Paul. 34 ad Sab. Iniuriarium actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur.

Vgl. fr. 32 pr. D. 35, 2, wo die Erwähnung der Litiskontestation fehlt. Die Glosse hat sie voraussetzen wollen. Aber das Problem von der actio poenalis, die sich in bonis des Klägers befindet, wird unabhängig von der Litiskontestation dargelegt, und überdies fehlt es nicht an einer virtuellen Andeutung in der Periode: etenim ea demum obligatio rei bonis deminutionem praestat, quae in heredem transit. Vorher wurde im Text gesagt, daß die iniur. actio mit dem Tode des Beleidigten untergeht: ipsa simul cum eo intercidit.

b) Actiones populares (wohl nicht Strafklagen).

fr. 12 pr. D. 50, 16 Ulp. 16 ad Ed. quod si ex populari causa, ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse.

c) Interdicta.

Inst. IV, 15, 4[a]. hodie tamen aliter observatur . . . ut ille vincat . . . qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario *litis contestatione tempore detinet.*

Gaius IV, 150 schreibt: eo tempore quo interdictum redditur.[2])

Aus dem Codex:

c. 1 C. 4, 17 Diocl. et Max. (294). Post litis contestationem eo qui . . . deliquit defuncto successor . . . eius in solidum . . . conveniri.

---

[1]) Krüger (Ed. 14[a]) ad h. l.; Ferrini, BIDR. 13 S. 200.
[2]) Siehe Krüger, Inst. cit. ad h. l.; Wlassak, Anklage S. 149.



C. 4 § 1 C. 5, 53 Gordianus (238). Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis, transferentibus in heredes eius actionem ...

1 C. 5, 54 Severus et Ant. (197). Heredis tutores ob neglegentiam [. . . . .] condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est.[1])

Natürlich sind Justinians Konstitutionen bedeutungsvoller, da der Kaiser in ihnen teilweise Reformen des geltenden Rechts vornimmt.[2])

Zu beachten sind:

13 Cod. 3, 1 Just. (a. 530). § 1 lites ... non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas. 2. ... triennii metae post litem contestatam ...

16 C. 3, 1 Just. (a. 531). ... licere litigatoribus iudices, antequam lis inchoetur, recusare ... cum post litem contestatam ... neque recusare posse.

2 C. 2, 58 Just. (531). pr. non aliter ... nisi post narrationem et responsionem ... ipsae principales personae subeant sacramentum. 10. ... vel post litem contestatam ...

3 C. 9, 44 Just. (529). Criminales causas omnimodo intra duos annos a contestatione litis ... finiri censemus.

28 C. 8, 40 Just. (a. 531). Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur.

Auch in den Novellen ist die Bezugnahme auf die Litiskontestation nicht selten.[3]) In ihnen unterscheidet sie sich noch von der missio libelli Nov. 53 c. 3, 4; Nov. 96 c. 1, 2; sie vollzieht sich vor dem Magistrat: Nov. 53 c. 3; Nov. 60 c. 2; Nov. 82 c. 9, 10; in dem Moment, in welchem Kläger und Beklagter das iudicium annehmen: Nov. 53 c. 3.

Das Problem von der Übertragbarkeit der Strafklagen ist also im klassischen und im justinianischen Recht übereinstimmend entschieden. Auf die anderen Punkte, die die Litiskontestation betreffen, näher einzugehen, ist hier nicht

[1]) Siehe oben S. 111 Anm. 5.

[2]) Ein Verzeichnis aller Konstitutionen gibt Sohm o. c. S. 70f.

[3]) Vgl. Wlassak, Anklage S. 146 Anm. 11.

der Ort. Denn bei dieser sind, wie gezeigt, noch schwere Probleme zu lösen, aber einstweilen genügt für sie der Hinweis auf die in dieser Abhandlung so oft zitierten neuen und ausgezeichneten Arbeiten, vor allem auf die von **Wlassak**. Diese Autoren haben einmütig aufgeklärt, was uns hauptsächlich interessiert: daß die Litiskontestation im nachklassischen Recht immer lebendig war und daß Justinian sie neu belebte, indem er sie von der verwirrenden Vielgestaltigkeit erlöste. Im übrigen bieten noch viele Punkte Gelegenheit zu weiterer Nachforschung.

Schluß.

Ich schließe kurz. Die beiden Fragmente 10 § 2 D. 2, 11 und 33 D. 44, 7 waren im klassischen System ganz klar, insofern das erste sich auf den Privatprozeß bezog, in dem die Fiktion der Litiskontestation in Ausnahmefällen stattfand; das zweite betraf den Fiskalprozeß, vielleicht unter gleichzeitiger Erwähnung der Fiktion des Privatprozesses. Und wenn es wahrscheinlich ist, daß das fr. 33 im Original die beiden Kategorien der Ausnahmefälle enthielt — vereinigt nicht nur durch die Identität der Materie, sondern auch durch die Identität der Wirkungen —, dann ist es nicht zu verwundern, daß die Kompilatoren bei der Zusammenziehung des Textes die scharfe Trennung zwischen Fiskalprozeß (ohne Litiskontestation) und Privatprozeß (mit der Fiktion der Litiskontestation) tilgten. Sicher ist, daß der Jurist auf die Fiktion der lit. cont. eine Entscheidung des Extraordinärprozesses nicht gründen konnte.[1])

In das justinianische Recht ordnen sich die beiden Stellen wie in das klassische System ein, gleichviel ob man die Motivierung: *quasi lite contestata cum mortuo* für (inhaltlich) echt hält oder ob man sie als gänzlich von Tribonian herrührend erachtet.[2]) In diesem zweiten Fall würde sie die

---

[1]) Diese Bemerkung findet sich schon bei **Faber** Conj. l. VII c. 20, nr. 9. Siehe oben S. 81 Anm. 6.

[2]) Ein Glossem (siehe oben S. 81) kann sie nicht sein. Auch für die genauere Erkenntnis der Glossen, besonders wenn sie ungeschickt oder unsinnig erscheinen, ist es nötig, sich über den Zustand des klassi-

allerhervorragendste Offenbarung jener Tendenz sein, die Litiskontestation (real oder fiktiv) auf alle iudicia und Prozeßgattungen auszudehnen — im Gegensatz zu den Juristenwerken, in denen sich die mannigfachsten Prozeßformen und Wirkungen, alle genau voneinander unterschieden, vorfanden. Die Textänderungen kommen also auch hier von dem Bedürfnis her, Ordinär- und Extraordinärprozesse, ius civile und ius honorarium — mit einem Wort: Prozesse und Normen miteinander zu vereinigen. So gelang es Justinian, die Verwirrung und die Schwankungen der vorangehenden Gesetzgebung und Praxis zu beseitigen. Auch die Fiktion der Litiskontestation blieb am Leben, wenigstens wurde sie von Justinian benutzt. Aber man darf nicht sagen, daß die Fiktion die Litiskontestation in nachklassischer Zeit lebendig erhielt, wie es Sohm tut. Sie war lebendig (real und fiktiv) in den Werken der Juristen und in den kaiserlichen Konstitutionen, als Grundlage der bedeutendsten Wirkungen des Zivil- und Prozeßrechts.[1]) Die Kaiser mußten sich auf sie beziehen und taten es mit den üblichen Verwirrungen und Schwankungen, die für die ganze nachklassische Gesetzgebung charakteristisch sind.

Aber was vor allem hervorgehoben zu werden verdient, ist die Tatsache, daß die Glosse die hier festgestellte und geklärte enge Beziehung zwischen den beiden Hauptstellen richtig erkannt hat. Der dünne Auszug der lex 33, wie er sich in den B. 52, 1, 32 findet, bestätigt diese Auslegung:

καὶ μεθ' ὑπόμνησιν αἱ ποιναλίαι ἀγωγαὶ παραπέμπονται κατὰ κληρονόμων, ὡς προκατάρξεως γενομένης κατὰ τοῦ τελευτήσαντος.

Also, die Gleichwertigkeit der conventio (*καί*) ist unmittelbar und direkt (*ὡς*) durch die Fiktion hervorgebracht. Ob also das *quasi lite contestata cum mortuo* aus dem echten Text stammt oder nicht, keinesfalls liegt darin etwas

schen Rechts Rechenschaft zu geben. Aber heute spricht man mit zu großer Leichtigkeit von Glossen. Vgl. Riccobono, Fasi e Fattori S. 278 Anm. 3.

[1]) Die Meinungen auch der neusten Schriftsteller über den Ursprung und die Schwankungen des nachklassischen Rechts der Litiskontestation sind nicht ins klare gekommen. Siehe oben S. 96.

Ominöses, weil es nicht eine Erfindung der Schulen oder der Kompilatoren ist, sondern eine echte Spur des prätorischen Systems, das die Übertragung der Strafklage auf Grund der „conventio" mit der Fiktion der Litiskontestation zugelassen hatte. Die unsinnige Interpolation im fr. 33 verdient also wegen ihres vornehmen Ursprungs auch hier die „indulgentia" der modernen Kritiker. Oftmals habe ich darauf hingewiesen, daß da, wo die Phrase, der Gedanke oder die Verbindung eines Textes als ungeschickt oder unsinnig erscheinen, am ehesten sich vermuten läßt, daß die Interpolation aus klassischen Elementen zusammengeflochten ist.[1]) Unser Beispiel ist vielleicht eines der bemerkenswertesten und lehrreichsten. Ich habe es deshalb ausführlicher behandelt, als es das einfache Thema an sich verdiente. Aber heute muß man das Eisen schmieden, so lange es warm ist. Und man muß dem Werk der immer umsichtigen und wissenden Glosse huldigen. Es gibt im Corpus juris vom dogmatischen Standpunkt aus nichts Neues zu entdecken. Und wenn wir nur danach streben, die Wahrheit zu erkennen, dann brauchen wir uns um die Frage der Neuheit nicht zu kümmern.

---

[1]) Siehe oben S. 100.

VI.

Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht.

Von

Emil Seckel †.

Aus dem Nachlaß herausgegeben und bearbeitet von **Ernst Levy.**

Inhalt.

1874	23	Kleine Codexausgabe (Fasc. VI der Stereotypausgabe des Corpus iuris). Lib. I—IV. 1874.
„	24	Zu Exners Pfandrechtsbegriff über l. 7 C. hered. vel act. vend. (4, 39). Krit. VJSchr. 16 (1874) 115.
„	25	Anzeige von Zimmermann, Ächte und unächte negotiorum gestio. Jenaer LiteraturZ. 1874 S. 108.
„	26	Anzeige von Studemund, Gaii institutionum commentarii quattuor (Apographum). Jenaer LiteraturZ. 1874 S. 435.
1875	27	Codex Justinianus (Große Codexausgabe). Fasc. III (Lib. VI—VIII). Berlin 1875.
„	28	Kleine Codexausgabe (Fasc. VII der Stereotypausgabe des Corpus iuris). Lib. IV—VII. 1875.
„	29	Puchta, Institutionen. 8. Aufl. von P. Krüger. 1875.
1876	30	Codex Justinianus (Große Codexausgabe). Fasc. IV. Lib. IX—XI. Berlin 1876.
„	31	Kleine Codexausgabe (Fasc. VIII der Stereotypausgabe des Corpus iuris). Lib. VIII—XI. 1876.
1877	32	Codex Justinianus (Große Codexausgabe). Fasc. V (Lib. XI—XII. Index). Berlin 1877.
„	33	Kleine Codexausgabe (Fasc. IX der Stereotypausgabe des Corpus iuris civilis). Lib. XI—XII. 1877.[1])
„	34	Über die Zeitbestimmung der Konstitutionen aus den Jahren 364 bis 373. Ein Beitrag zur Kritik des Codex Theodosianus. Commentationes philologae in honorem Th. Mommsen. Berlin 1877. S. 75ff.
„	35	Gaii Institutiones ed. Paulus Krüger et Guilelmus Studemund. Berlin 1877.
1878	36	Collectio librorum iuris anteiustiniani 2 (Berlin 1878): Ulpiani liber singularis regularum. Pauli libri quinque sententiarum. Fragmenta minora.
„	37	Bemerkungen zu der Anzeige des Cod. Just. Krit. VJSchr. 20 (N. F. 1) 1878, S. 597.
1879	38	Monatsberichte der Kgl. Akademie d. Wiss. zu Berlin phil.-hist. Kl. 1879, S. 509ff. (Berliner Papinianfragmente).
„	39	Anzeige von E. v. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte. Arch. f. ZivPrax. 62 (1879) 203.
„	40	Anzeige von Aug. Sturm, Das negotium utiliter gestum. Arch. f. ZivPrax. 62 (1879) 206.
„	41	Anzeige von Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio. Arch. f. ZivPrax. 62 (1879) 496.

[1]) Unrichtig ist bei Krüger, Geschichte der Quellen 438 N. 19 (ebenso bei Kipp, Geschichte der Quellen 170 N. 17; Windscheid-Kipp, Pand. 1 § 4 N. 8a) '1872' als das Erscheinungsjahr der kleinen Codexausgabe angegeben.

1880	42	Codicis Theodosiani fragmenta Taurinensia (Apographum). Abhandlungen der Berliner Akademie der Wiss. aus dem Jahre 1879. Berlin 1880.
„	43	Zur Lehre vom Widerruf der Testamente. SZ. 1 (1880) S. 53.
„	44	Die Berliner Fragmente vorjustinianischer Rechtsquellen. SZ. 1 (1880) S. 93ff.
„	45	Neue Bruchstücke aus Papiniani liber V responsorum, Monatsberichte der Berliner Akademie der Wiss. 1880. S. 363ff.
„	46	Wann hat derjenige, dessen Sache beim letzten Besitzer untergegangen oder von demselben usukapiert worden, gegen denjenigen, der sie dem letzteren bona fide verkauft hat, einen Anspruch auf den Kaufpreis? Arch. f. ZivPrax. 63 (1880) 379ff.
„	47	Puchta, Institutionen, 9. Aufl. von P. Krüger, Bd. 1, 1880.
„	48	Anzeige von Demelius, Die confessio im römischen Zivilprozeß. Krit. VJSchr. 22 (N. F. 3) 2. Heft 1880, S. 414ff.
1881	49	Die Berliner Fragmente von Papinians responsa. SZ. 2 (1881) 83.
„	50	Puchta, Institutionen, 9. Aufl. von P. Krüger, Bd. 2, 1881.
1882	51	Anzeige von Iustiniani Novellae ed. Zachariae a Lingenthal. Krit. VJSchr. 24 (N. F. 5), 1882, S. 36ff.
1883	52	Die Sinai-Scholien zu Ulpians libri ad Sabinum. SZ. 4 (1883) 1ff.
„	53	Die Formel der actio de peculio. SZ. 4 (1883) 108.
„	54	Anzeige von Schloßmann, Der Besitzerwerb durch Dritte. Arch. f. ZivPrax. 66 (1883) 150.
„	55	Bemerkung über l. 2 C. sententiam rescindi non posse (7, 50). Arch. f. ZivPrax. 67 (1. Heft 1883) 154.
„	56	Anzeige von Max Conrat (Cohn), Das florentinische Rechtsbuch. Deutsche LiteraturZ. 1883, Sp. 21.
1884	57	Die Pariser Fragmente aus Papinians responsa. SZ. 5 (1884) 166.
„	58	Über furtum conceptum prohibitum und non exhibitum. SZ. 5 (1884) 219.
„	59	Gaii Institutiones . . . iterum ediderunt P. Krüger et G. Studemund. Berlin 1884 (= Collectio librorum iuris anteiust. I).
„	60	Selbstanzeige des vorhergehenden Werks. Krit. VJSchr. 26 (N. F. 7), 1884, S. 548.
„	61	Anzeige von Lenel, Das edictum perpetuum. Krit. VJSchr. 26 (N. F. 7), 1884, S. 307.
„	62	Anzeige von Keller, Der römische Zivilprozeß. 6. Aufl. von Wach. Krit. VJSchr. 26 (N. F. 7), 1884, S. 322.
1885	63	Anzeige von Leist, Graeco-italische Rechtsgeschichte. Deutsche LiteraturZ. 1885, Sp. 276.

1886	64	Die Vatikanischen Scholien zum Codex Theodosianus. SZ. 7 (1886) 1. Heft S. 138.
„	65	Über den Widerruf eines Testaments durch Zerschneiden des linum. SZ. 7 (1886) 2. Heft S. 91.
„	66	Über die Zusammensetzung der Digestenwerke. SZ. 7 (1886) 2. Heft S. 94.
„	67	Anzeige von Chiappelli, La glossa Pistojese al Codice Giustinianeo und Nuovo esame del manoscritto Pistojese del Codice Giustinianeo. Krit. VJSchr. 28 (N. F. 9) 1886 220.
1887	68	Über die Verwendung von Papyrus und Pergament für die juristische Literatur der Römer. SZ. 8 (1887) 76.
„	69	Bemerkungen zu Schirmers Replik in Sachen des linum testamenti incisum. SZ. 8 (1887) 109.
„	70	Anzeige von Huschke, Jurisprudentia anteiustiniana 5. ed. Deutsche LiteraturZ. 1887, Sp. 871.
„	71	Anzeige von Bruns, Fontes 5. ed. von Mommsen. Deutsche LiteraturZ. 1887, Sp. 1451.
1888	72	Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts. (Bindings Handbuch der deutschen RW. 1, 2.) Leipzig 1888.
„	73	Das juristische Fragment der Sammlung des Erzherzog Rainer (de formula Fabiana). SZ. 9 (1888) 144.
„	74	Anzeige von Lenel, Palingenesia I. Deutsche LiteraturZ. 1888, Sp. 813.
1889	75	Anzeige von Joers, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik I. Deutsche LiteraturZ. 1889, Sp. 393.
„	76	Anzeige von Gradenwitz, Interpolationen. Krit. VJSchr. 31 (N. F. 12), 1889, S. 322.
1890	77	Collectio librorum iuris anteiustiniani 3 (Berlin 1890). Consultatio. Codices Gregorianus et Hermogenianus. Alia minora. ed. P. Krüger.
„	78	Anzeige von Lenel, Palingenesia II. Deutsche LiteraturZ. 1890, Sp. 639.
„	79	Anzeige von Eisele, Abhandlungen zum römischen Zivilprozeß. Krit. VJSchr. 32 (N. F. 13), 1890, S. 321.
1891	80	Collectio librorum iuris anteiustiniani (Gaii institutiones). 3. ed. Berlin 1891.
1892	81	Die Überlieferung der Adressaten in Haloanders Ausgabe des Codex Justinianus. SZ. 13 (1892) 287.
„	82	Anzeige von Max Weber, Die römische Agrargeschichte. Krit. VJSchr. 34 (N. F. 15), 1892, S. 481.
„	83	Anzeige von Zachariae v. Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 3. Aufl. Byzant. Zeitschrift 1 (1892) 617.
1893	84	Puchta, Institutionen, 10. Aufl. von P. Krüger, 1893.
„	85	Anzeige von Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht. Krit. VJSchr. 35 (N. F. 16), 1893, S. 31.

1893	86	Anzeige von Bruns, Fontes 6. ed. Deutsche LiteraturZ. 1893, Sp. 1586.
1894	87	Anzeige des Vocabularium Iurisprudentiae Romanae Fasc. 1. Deutsche LiteraturZ. 1894, Sp. 1651.
1895	88	Über actionem dare und actionem competere in der justinianischen Kompilation. SZ. 16 (1895) 1.
„	89	Miszelle über eine Petersburger Sammlung von Stellen der Lex Romana Visigothorum. Deutsche Z. f. Kirchenrecht 27 (3. F. 5), 1895, S. 422.
1897	90	Neue Paulus-Bruchstücke aus Ägypten. SZ. 18 (1897) 224.
1898	91	Zu den Basiliken. SZ. 19 (1898) 192.
„	92	Anzeige des Vocabularium Iurisprudentiae Romanae I Fasc. 2. Deutsche LiteraturZ. 1898, Sp. 1694.
„	93	Anzeige von Bremer, Jurisprudentia antehadriana I. Krit. VJSchr. 40 (3. F. 4), 1898, S. 481.
1899	94	Collectio librorum iuris anteiustiniani I (Gaii Institutiones) 4. ed. 1899.
1900	95	Anzeige des Vocabularium Iurisprudentiae Romanae I Fasc. 3. Deutsche LiteraturZ. 1900, Sp. 2357.
„	96	Anzeige von Bremer, Iurisprudentia antehadriana II, 1. Krit. VJSchr. 42 (3. F. 6), 1900, 349.
1901	97	Über die Reihenfolge der Leges in den Titeln der Digesten Justinians. SZ. 22 (1901) 12.
„	98	Zur Stellung von Gai. 2, 62—64. SZ. 22 (1901) 49.
„	99	Zu Cod. Iust. 5, 1, 5. SZ. 22 (1901) 52.
1902	100	Anzeige von Bremer, Iurisprudentia antehadriana II, 2. Krit. VJSchr. 43 (3. F. 7), 1902, S. 526.
1903	101	Bemerkungen zu Dig. 40, 7, 29 § 1. SZ. 24 (1903) 193.
„	102	Der Kommentar zu Gai Institutiones in Autun. SZ. 24 (1903) 375.
„	103	Anzeige von Gai Institutiones ed. Seckel-Kübler. Deutsche LiteraturZ. 1903, Sp. 2506.
„	104	Anzeige von Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts. 2. Aufl. 1903. Deutsche LiteraturZ. 1903, Sp. 2639.
1904	105	Anzeige des Vocabularium Iurisprudentiae Romanae I Fasc. 4 (Schluß des 1. Bandes). Deutsche LiteraturZ. 904, Sp. 104.
1905	106	Beitrag zur accessio temporis bei der Ersitzung. SZ. 26 (1905) 144.
„	107	Über Mommsens Ausgabe des Codex Theodosianus. SZ. 26 (1905) 316.
„	108	Collectio librorum iuris anteiustiniani I (Gaii Institutiones) 5. ed. 1905.
1906	109	Anzeige der Ausgabe des Codex Theodosianus von Mommsen und P. M. Meyer. Krit. VJSchr. 47 (3. F. 11 (1906) S. 36.

1906	110	Anzeige von F. Schulz, Sabinusfragmente in Ulpians Sabinuskommentar. Deutsche LiteraturZ. 1906, Sp. 1782.
1907	111	Justinianische Entscheidungen streitiger Rechtsfragen im Codex und in den Digesta. 'Aus Römischem und Bürgerlichem Recht.' Festgabe für Bekker. 1907. S. 1ff.
1908	112	Corpus iuris civilis I. 11. ed. 1908.
„	113	Iustiniani Institutiones (Oktavausgabe) 3. ed. 1908.
1909	114	Anzeige der italienischen Digestenausgabe Bd. 1. Deutsche LiteraturZ. 1909, Sp. 1785.
„	115	Anzeige von Bruns, Fontes. 7. Aufl. Deutsche LiteraturZ. 1909, Sp. 2089.
1910	116	Über die jüngst erschienenen Lichtdrucke juristischer Handschriften. SZ. 31 (1910) 1ff.
„	117	Bemerkungen über die Gestaltung der Auszüge in Justinians Digesten. SZ. 31 (1910) 7ff.
„	118	Die Interpolationen im justinianischen Codex. Festgabe f. Güterbock (1910) 239.
„	119	Anzeige von Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 3. Aufl. Deutsche LiteraturZ. 1910, Sp. 1724.
1911	120	Corpus iuris civilis I. 12. ed. 1911.
1912	121	Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts. 2. Aufl. 1912.
„	122	Collectio librorum iuris anteiustiniani I (Gaii Institutiones). 6. ed. 1912.
„	123	Über die Einwirkung der Notae iuris auf fehlerhafte Überlieferung der Juristenschriften. Mélanges Girard 2 (1912) 35.
„	124	Anzeige von A. Berger, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen. Deutsche LiteraturZ. 1912, Sp. 2735.
1913	125	Beiträge zum Codex Theodosianus I und II. SZ. 34 (1913) 1.
„	126	Anzeige von Bruns, Fontes. 7. Aufl. Additamentum. Deutsche LiteraturZ. 1913, Sp. 375.
1915	127	Corpus iuris civilis II. 9. ed. 1915.
„	128	Über wirkliche und scheinbare Überlieferung vorjustinianischen Wortlauts im Kommentar des Thalelaeus zum Codex Iustinianus. SZ. 36 (1915) 82.
1916	129	Beiträge zum Codex Theodosianus III und IV. SZ. 37 (1916) 88.
„	130	Anzeige von F. Schulz, Einführung in das Studium der Digesten. Deutsche LiteraturZ. 1916, Sp. 1373.
1917	131	Beiträge zum Codex Theodosianus V und VI. SZ. 38 (1917) 20.
1919	132	Beiträge zum Codex Theodosianus VII und VIII. SZ. 40 (1919) 98.[1])

[1]) Versehentlich sind diese Beiträge als V. und VI. Beitrag bezeichnet.

1919	133	Bemerkungen zur Benutzung der Ausgaben von Justinians Digesten. Bonner Festgabe f. Bergbohm (1919).
1920	134	Beiträge zum Codex Theodosianus IX. SZ. 41 (1920) S. 1ff.
„	135	Corpus iuris civilis I. 13. ed. 1920.
1921	136	Beiträge zum Codex Theodosianus X. SZ. 42 (1921) 58.
„	137	Iustiniani Institutiones (Oktavausgabe). 4. ed. 1921.
1922	138	Neue juristische Funde aus Ägypten. SZ. 43 (1922) 560.
1923	139	Codex Theodosianus Fasc. I (Lib. I—VI). Berlin 1923.
„	140	Einst und jetzt. Briefe des Kardinals Pitra. Bonner Festgabe f. Zitelmann (1923) S. 1ff.
1924	141	Selbstbiographie in 'Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen' Bd. II (1924) S. 153ff.
1926	142	Codex Theodosianus Fasc. II (Lib. VII—VIII), 1926.

F. S.

I.

Die Formeln der actiones noxales.

Von

Herrn Otto Lenel
in Freiburg i. Br.

Niemandem, der sich mit den actiones noxales näher beschäftigt hat, kann es entgehen, daß ihr Recht in gewissen wichtigen Beziehungen mit dem der actiones in rem übereinstimmt. Insbesondere fehlt dort wie hier der Defensionszwang; dem fundamentalen Satz „in rem actionem pati non compellimur“ entspricht bei den Noxalaktionen die Regel: noxali iudicio inuitus nemo cogitur alium defendere (D. 9, 4, 33). Und wie bei der Vindikation beweglicher Sachen die Folge der Einlassungsweigerung ein prätorisches duci vel ferri iubere ist, so wird auch der Noxalkläger, wenn der Gewalthaber die Defension des schuldigen Sklaven oder Haussohns nicht übernimmt, zur Abführung dieses letzteren ermächtigt. Es liegt sehr nahe, aus diesen Ähnlichkeiten weitere Schlüsse zu ziehen, und so kann es nicht erstaunen, wenn vor kurzem ein namhafter italienischer Gelehrter, Biondi, in einer eingehenden Untersuchung (Actiones noxales 1925) es unternommen hat, nach Maßgabe dieser Analogie das ganze Recht der Noxalaktionen neu aufzubauen. Nach Biondi[1]) sind diese aus einer ursprünglichen eigentlichen Vindikation hervorgegangen: der Verletzte habe von dem Besitzer die Auslieferung des Schuldigen verlangt, um seine Rache an ihm zu nehmen; und diese „antica vindicatio del colpevole sopravive nella classica actio noxalis“ (S. 227). Den actiones noxales liege keinerlei Obligation des Gewalt-

---

[1]) Zustimmend hat sich geäußert Koschaker, Festschr. f. Hanausek 18 [3].

habers zugrunde, weder zur Leistung der litis aestimatio noch zur noxae deditio, auch keine alternative.[1]) Es sei daher falsch, die intentio der zivilen Noxalformeln auf ein oportere des Gewalthabers abzustellen, wie es die herrschende Meinung tut. Kondemnationsbedingung sei vielmehr die Obligation des Delinquenten selbst gewesen (S. 253f.), auch wenn dieser ein Sklave war, da ja nach D. 44, 7, 14 „servi ex delictis obligantur"; beispielsweise (S. 255): s. p. A° A° a servo Sticho opeve consilio servi Stichi furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Stichum pro fure damnum decidere oportet. Lasse sich der Gewalthaber ein, so übernehme er eben damit die defensio wegen dieser Obligation. Auch die condemnatio sei in klassischer Zeit nicht etwa alternativ auf noxae dedere gerichtet gewesen, sondern einfach auf quanti ea res est; die facultas noxae dedendi habe der Verurteilte auf Grund nicht des Urteilswortlauts, sondern der zwölf Tafeln besessen (S. 257f.), — facultatem noxae dedendi ex lege accipit (D. 42, 1, 6 § 1); die Stellen, aus denen man das Gegenteil habe entnehmen wollen, seien interpoliert. Dies ganze System wird mit strenger Folgerichtigkeit durchgeführt. Die nachstehende Erörterung soll zeigen, warum es mir unhaltbar erscheint.

1.

Eine erste Klippe, an der der Versuch Biondis scheitern muß, ist die actio de pauperie. Das Tier ist für den Römer der klassischen Zeit zweifellos nicht deliktsfähig, eine auf ein oportere des Tieres abgestellte Formel undenkbar. Ist daher die actio de pauperie eine actio noxalis, so wird der Boden, auf dem Biondis Hypothese steht, erschüttert, und sie kommt zu Fall. Das ist ihm natürlich nicht entgangen, und so sucht er gleich im Eingang seines Buchs in ausführlicher Darlegung zu beweisen, daß die actio

[1]) Ebenso de Visscher, rev. gén. du droit XLII (1918), 18. 96. 153. 200. Er läßt aber durch die Übernahme der defensio eine solche entstehen, 200f. Die Besprechung von Biondis Buch durch de V., die in der Rev. hist. de droit 1926 fasc. 2 erschienen ist, konnte von mir nur noch bei der Korrektur der vorliegenden Abhandlung berücksichtigt werden.

de pauperie den Klassikern nicht als noxalis gegolten habe, erst von Justinian dazu gemacht worden sei. Die Frage ist von entscheidender Bedeutung; wir müssen Biondis Beweisführung Schritt für Schritt folgen.

B. weiß selbstverständlich, daß nach der Auffassung primitiver Völker auch Tiere als schuld- und deliktsfähig gelten, und daß wir noch im Mittelalter Prozessen gegen Tiere und Bestrafung von Tieren begegnen; aber er leugnet, daß wir diese Anschauung auch den Römern zuschreiben dürften, und daß sie mit der actio de pauperie irgend etwas zu tun habe. Er glaubt zunächst dartun zu können, daß der Ausdruck „actio noxalis" nach klassischem Sprachgebrauch nur die actio bezeichnet habe, die gegen den Vater oder Herrn wegen Delikts des Haussohns oder Sklaven habe erhoben werden können (S. 3f.). Dafür beruft er sich auf Gai. 4, 75—79 und Gai. 2 ad ed. prov. D. (9. 4) 1, sowie auf den Gesamtinhalt der ex professo von den actiones noxales handelnden Digestentitel 9, 4 und 2, 9, wo überall nur von Delikten der Sklaven die Rede sei, desgleichen auf das Ediktssystem, wo der Titel de noxalibus actionibus an andrer Stelle stehe als die Formel der actio de pauperie. Allein dies ganze scheinbare Beweismaterial geht in Rauch auf, wenn man folgendes bedenkt. Gaius in seinen Institutionen handelt von 4, 69 ab von der Haftung des Gewalthabers aus Handlungen der Gewaltunterworfenen, zuerst von der aus ihren Rechtsgeschäften (4, 69—74a) und dann in natürlichem Gegensatz dazu von der aus ihren Delikten; die actio de pauperie konnte er in diesem Zusammenhang, wenn überhaupt, dann nur anhangsweise berühren, und daß er letzteres wirklich getan hat — in dem nur lückenhaft erhaltenen § 81 —, zeigt der Gaius von Autun § 81f. Ganz ebenso muß aber auch in den Digestentiteln 9, 4 und 2, 9 auf die Zusammenhänge der einzelnen Stellen geachtet werden. Die klassischen Juristen geben ja nirgends eine Gesamtdarstellung des Noxalrechts, knüpfen vielmehr ihre Entscheidungen und Erörterungen überall an einzelne Aktionen und Edikte an und werden so auch bei der actio de pauperie verfahren sein, so daß kein Anlaß war, später wieder auf diese zurückzukommen. Sehen wir uns

nun daraufhin den tit. 9, 4 an, so finden wir folgendes.[1]) Von den 43 Fragmenten des Titels beziehen sich 20 (fr. 2, 6, 8—10, 13, 14, 16—20, 31, 33, 35—38, 40, 42) auf die actio legis Aquiliae und die actio furti noxalis, 4 (fr. 3, 4, 5, 7) auf das Edikt de albo corrupto oder ein anderes Edikt aus dem Titel de iurisdictione, wo überall nur menschliche Tat in Frage kommen konnte. Unter den Titel de vadimoniis zu dem Edikt Si ex noxali causa agatur gehören 3 (fr. 1, 11, 12); dies Edikt, kraft dessen das Vadimonium auf in eadem causa sisti abzustellen war (EP [2] S. 82), hatte Bezug nur auf Sklaven und vielleicht Haussöhne, so daß auch die Kommentare der Juristen im Titel 9, 4, wie 2, 9 nur diesen Fall behandelten. Man kann fragen, warum uns für das Vadimonium bei der actio de pauperie nicht eine gleichartige Ediktsklausel überliefert ist; aber einerlei, wie man diese Frage beantwortet, keinesfalls ist sie mit der Behauptung erledigt, daß die actio de pauperie keine actio noxalis gewesen sei; denn bestand ein praktisches Bedürfnis für eine solche Klausel, so bestand es, ob man nun die actio de pauperie so oder so qualifizierte. Ganz das gleiche gilt von dem in D. 9, 4, 21, 2 teilweise überlieferten Edikt über die interrogatio in iure (EP § 58), worauf sich 11 Fragmente des Titels beziehen (fr. 15, 21—27, 29, 32, 39). Nach alledem bleiben nur noch 5 Stellen des Titels übrig (fr. 28, 30, 34, 41, 43), die in verschiedene andere Zusammenhänge gehören; man braucht sie nur zu lesen, um zu sehen, daß die Nichterwähnung der actio de pauperie in ihnen gar nichts auffallendes hat. Fr. 28, aus Afrikans Quaestionen, beschränkt sich, wie natürlich, auf den vorgelegten Einzelfall; fr. 30 zieht, gelegentlich des Edikts de damno infecto, die Defension bei actiones noxales analog heran; fr. 34 handelt von der defensio eines filius familias; fr. 41 wieder von einem Einzelfall, ebenso ohne Zweifel fr. 43 aus den libri epistularum des Pomponius. Nach alledem ergibt also der Inhalt der Digestentitel 2, 9 und 9, 4 schlechterdings nichts für die These Biondis. Ebenso bedeutungslos ist die Berufung darauf, daß im System des Edictum perpetuum die

---

[1]) Vgl. zum Folgenden meine Pal.

actio de pauperie nicht unter der Rubrik de noxalibus actionibus steht. Ganz das gleiche gilt ja auch von der actio legis Aquiliae noxalis, der actio furti noxalis, der actio iniuriarum noxalis usw. Unter jener Rubrik waren ja nicht die Noxalformeln proponiert, sondern nur ein Edikt über die interrogatio in iure bei actiones noxales; ob dies Edikt auch eine Klausel enthielt, die sich auf die actio de pauperie bezog, wissen wir nicht; unwahrscheinlich ist das keineswegs, da zweifellos auch bei ihr eine interrogatio statthaft war (D. 9, 1, 1, 15), für die, wenn der Prätor sie besonders vorsah, eine andere passende Stelle im System des Edikts nicht zu ermitteln wäre.

Aber B. bringt noch andere vermeintliche Beweise bei. Er findet es bemerkenswert, daß die actio de pauperie in D. und I. außer in zwei Stellen niemals ausdrücklich als noxalis bezeichnet, von ihr vielmehr immer nur als „actio de pauperie", als „actio quod pauperiem fecisset" oder, wo die Beziehung unzweifelhaft ist, gar nur als „haec actio" gesprochen wird. Ist das wirklich bemerkenswert? Aus furtum, Sachbeschädigung usw. durch Menschen erwuchsen zweierlei Formeln, die gewöhnliche und die Noxalformel; hier bestand daher allerdings Anlaß, den noxalen Charakter der zuständigen Formel zu betonen. Dagegen gab es nur eine actio de pauperie mit einer sich gleichbleibenden Formel; sie immer wieder als actio noxalis zu qualifizieren, war ganz überflüssig, ebenso überflüssig, wie etwa bei der actio empti oder venditi die beständige Hervorhebung ihrer Eigenschaft als actio ex contractu. In zwei Stellen der Kompilation aber wird zudem die actio ex pauperie in der Tat ausdrücklich „noxalis" genannt. Es ist interessant zu sehen, wie B. sie aus dem Wege räumt. Der Institutionentitel 4, 9 beginnt mit den Worten:

> Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est.

B. (S. 6) hat richtig gesehen, daß der Bedingungssatz „si quidem . . . . . fecerint" aus Gaius stammt; denn im Gai. Augustod. § 81 heißt es genau in derselben Reihenfolge:

pauperies committitur, si per lasciviam aut fervorem aut feritatem damnum *factum est*.

Aber nicht das gleiche soll von dem Nachsatz „noxalis actio . . . . . prodita est“, insbesondere nicht von dem Wort „noxalis“ gelten; Gaius habe nur von „actio senza alcuna qualifica“ gesprochen. Dafür fehlt jeder Beweis. Wenn Ulpian, der die im übrigen vielfach benutzte Quelle des Institutionentitels ist, in D. 9, 1, 1 pr. sagt: si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio (ohne noxalis) ex lege duodecim tabularum descendit, so kann daraus offenbar nicht gefolgert werden, daß Gaius ebenfalls die qualifica „noxalis“ weggelassen habe. Und wenn im Gai. Aug. die Bedingung sich formell nicht unmittelbar als die Voraussetzung der actio de pauperie gibt, sondern, was sachlich auf dasselbe hinausläuft, als Definition des Begriffs pauperies, so ist das kein Grund, die Gaianische Herkunft des Institutionensatzes zu bezweifeln, der ja durchaus den Eindruck der Klassizität macht. Der Gai. Aug. ist eine geschwätzige Paraphrase, nicht der Originaltext. In § 82 bezeichnet übrigens derselbe Gai. Aug. die actio de pauperie ausdrücklich als noxalis:

sed interest, utrum servi filiive nomine noxalis actio pro*ponatur an* animalium.

Die Deutung B.s (S. 3 [2]), der hinter animalium subintellegieren will „nomine actio“ (nämlich: actio senza qualifica), scheint mir sprachlich unmöglich.

Die zweite klassische Stelle, in der die actio de pauperie noxalis genannt wird, ist Ulp. D. 9, 1, 1, 14:

Noxae autem dedere est animal tradere vivum. demum si commune plurium sit animal, adversus singulos in solidum erit noxalis actio, sicuti in homine.

Hier will B. (S. 7. 15) das Wort noxalis an seiner jetzigen Stelle streichen und vermutet — mehr als verwegen —, daß Ulpian geschrieben habe: actio, sicut in homine noxalis actio. Der Jurist, der in seinem Kommentar überall sonst die actio de pauperie nur „haec actio“ nenne, habe keinerlei Anlaß gehabt, sie gerade in diesem Zusammenhang als noxalis zu qualifizieren. Allein erstens ist die bloße Entbehrlichkeit eines Worts m. E. kein ausreichender Grund

für dessen Verdächtigung, und zweitens hat die Erwähnung des Noxalcharakters der actio gerade hier, wo die Formelworte „aut noxae dedere" zur Erörterung standen, eine leicht verständliche Bedeutung; die actio ist auch als noxalis in solidum, d. h. der Miteigentümer kann sich nicht durch Abtretung seines Eigentumsanteils befreien, ebensowenig wie bei den Noxalaktionen ex delicto hominis. Ulpian handelte an der fraglichen Stelle speziell von der noxae deditio und hatte daher allen Anlaß hervorzuheben, daß die solidarische Haftung sich auch bei dieser geltend mache.

In Verbindung mit der unhaltbaren Annahme, daß die actio de pauperie nicht noxal sei, stehen weitere Thesen Biondis, die m. E. ebensowenig haltbar sind wie jene. Die Ausdrücke noxa und noxia, meint er, obwohl sie etymologisch mit noceo zusammenhängen und an sich nur „Schaden" bedeuten, seien schon im Sprachgebrauch der zwölf Tafeln, ebenso aber auch in dem der klassischen Zeit nur auf den rechtswidrig von Menschen angerichteten Schaden, nicht aber auf den Tierschaden bezogen worden, der im Gegensatz dazu pauperies geheißen habe. Schon diese Aufstellung kann m. E. nicht gebilligt werden; sie steht im Widerspruch mit unverdächtigen Quellenzeugnissen, die die Verwendung jener Ausdrücke auch für den Tierschaden beweisen und von Biondi nicht aus dem Wege geräumt sind. Gleich im pr. von D. 9, 1, 1 berichtet Ulpian von den zwölf Tafeln:

> quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre.[1])

Mag sein, daß die Erläuterung „id est id animal quod noxiam commisit", wie Haymann, S.-Z. 42, 372 und Biondi S. 13 wollen, ein in den Text eingedrungenes Glossem ist, wiewohl das alsdann allein übrig bleibende „id quod nocuit" doch gar mager abstrakt klingt; keinesfalls ist an der Echtheit des Schlusses „aut aestimationem noxiae offerri" zu zweifeln, und es ist helle Willkür, wenn statt „noxiae" Biondi hier „damni" einsetzen will. So ziel- und zwecklos haben doch auch die Kompilatoren nicht geändert.

[1]) offerri *scr.*

Ulpian fährt in § 1 fort: „noxia autem est ipsum delictum". Der Jurist, meint **Biondi** S. 12f., könne den Tierschaden nicht Delikt genannt haben — ein Tier könne kein Delikt begehen; der Satz habe sich an seiner ursprünglichen Stelle auf Sklavendelikte bezogen und sei erst von den Kompilatoren unter den Titel de pauperie versetzt worden. Ersteres glaube auch ich nicht; aber die daraus gezogene Folgerung ist überaus voreilig. Der Titel von der pauperies war der erste, unter dem im System des Edikts das allen zivilen Noxalformeln gemeinsame „noxam" oder „noxiam sarcire" begegnete; Ulpian hatte daher alle Veranlassung, den Sinn des Worts noxia allseitig, nicht bloß in der besondern Beziehung zur pauperies zu erläutern, und in diesen Zusammenhang wird der inkriminierte Satz gehören. **Biondi** vergißt, daß, was uns die Digesten bieten, überall nur ein stark verkürzter Auszug aus dem Originaltexte ist.

Noch fragwürdiger ist B.s Anzweiflung von fr. 1 § 11 i. f.:

> quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere.

Diese Worte tragen m. E. für die unbefangene Betrachtung den Charakter unverkennbar echter Formelworte an der Stirne, nur daß die Kompilatoren an Stelle des originalen „N^{um} N^{um} A^{o} A^{o}" das unmögliche „eum sibi" gesetzt haben, und daß statt des Infinitivs oportere, der wahrscheinlich auf falsche Auflösung einer Sigle zurückzuführen ist, oportet gelesen werden muß. Ich habe in meinem EP § 75 dargelegt, daß das Zitat im Original nicht an den Schluß von fr. 1 § 11 gehörte, sondern die in den folgenden Paragraphen gegebene Erläuterung der intentio der actio de pauperie einleitete. B. S. 15 ob.[1]) geht über diese Darlegung mit Stillschweigen hinweg. Was er sonst gegen die Echtheit einwendet, ist völlig belanglos. „In noxam dedere" sei frase priva di significato, die sich sonst nirgends in den Quellen finde. Ob in noxam dedere sinnlos ist, wird sich erst dann feststellen lassen, wenn wir sicher wissen, welchen ursprünglichen Sinn die Wendung noxae dedere hatte, die — vielleicht nur ihrer Kürze halber — in der klassischen

[1]) Unter c) non si capisce usw.

Rechtsliteratur allein gebräuchlich ist; leider wissen wir das nicht. Sicher ist nur dies: daß man in nachklassischer Zeit beide Wendungen einander gleichsetzte. Der Gai. Aug. §§ 81. 82 schreibt in noxam dare, und die Byzantiner kennen überhaupt keine andere Übersetzung des noxae dedere als εἰς νόξαν ἐκδιδόναι.[1]) Ferner vermißt Biondi in dem Formelzitat die Angabe des Objekts des dedere; es ist aber nichts natürlicher, als daß die Byzantiner bei Aufnahme des Zitats die Bezeichnung des in der Musterformel aller Wahrscheinlichkeit nach genannten Tiers (equus, bos, canis), das den Schaden angerichtet hatte, wegließen, wenn dies nicht schon Ulpian selbst getan hat.

Folgt fr. 1 § 14, dessen Text schon oben besprochen wurde, und fr. 1 § 15, wo von einer actio detracta noxae deditione die Rede war, der überlieferte Text aber nicht in Ordnung ist und ich Biondi gerne den Passus „in hoc non . . . . . sed etiam“ preisgebe. Dann aber wieder § 16:

> Si post litem contestatam ab alio sit animal occisum, quia domino legis Aquiliae actio competit, ratio in iudicio habebitur legis Aquiliae, quia dominus noxae dedendae facultatem amiserit: ergo ex iudicio proposito litis aestimationem offeret . . . .

Die Stelle ist gewiß nicht unberührt geblieben; dies zeigt die doppelte Motivierung (quia . . ., quia . . .) und das inkorrekte noxae dedendae statt dedendi.[2]) Statt aber das dedendae als einfachen Schreibfehler zu verbessern und den ersten quia-Satz, der offenbar ein Glossem zu dem folgenden ,in iudicio legis Aquiliae“ ist, zu streichen, erklärt B., ausgehend von der noch zu erörternden unrichtigen Annahme, daß die Byzantiner unter noxa das corpus quod nocuit verstanden hätten, die ganze Erwähnung der facultas noxae dedendi für unklassisch. Dabei ist der Fall von Javolen in D. 9, 2, 37, 1 genau ebenso entschieden wie in § 16, mit den Worten:

---

[1]) Vgl. weiter unten S. 11.

[2]) Auch wird statt ratio schlechtweg im Original gestanden haben: ratio huius actionis.

tanti damnandus est is qui occidit iudicio legis Aquiliae, quanti actoris interest noxae potius deditione defungi quam litis aestimatione.

Aber Biondi ist von der Unwiderleglichkeit seiner sonstigen Beweisführung so durchdrungen, daß er allen Ernstes vorschlägt, statt „noxae potius deditione" zu lesen: quadrupedis potius datione. Damit wäre ja freilich jeder Anstoß für seine Lehre glücklich beseitigt. Aber ich meine, solchen Radikalkuren sollte man unsere Quellen doch lieber nicht unterwerfen.

2.

Die irrige Annahme, die actio de pauperie sei keine actio noxalis gewesen, hat weitere höchst anfechtbare Behauptungen B.s im Gefolge gehabt. Er statuiert nämlich auf Grund jener Annahme eine Anzahl angeblicher Differenzen zwischen der actio de pauperie und den actiones noxales, die nach seiner Ansicht erst in der Kompilation ausgeglichen worden seien (S. 19f.). Jene allerdings habe eine Obligation des dominus begründet, Schadenersatz zu leisten oder dem Geschädigten das Eigentum am Tier zu überlassen; Grundlage dieser Haftbarkeit sei die Anschauung gewesen (von der bekanntlich die moderne Haftung für Tierschaden ausgeht), daß der dominus, der das Tier nutze, auch den durch es verursachten Schaden tragen müsse. Passiv legitimiert sei hier nur der dominus gewesen, weil nur dieser das Eigentum habe übertragen können, und zwar der dominus zur Zeit, wo das Tier den Schaden angerichtet habe — der Satz noxa caput sequitur habe hier nicht gegolten.[1]) Bei den actiones noxales dagegen sei, wie bei der Vindikation, dem Beklagten die Übernahme der Defension freigestellt gewesen; die Ablehnung der defensio habe wie dort lediglich ein duci iubere, keine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung mit sich gebracht; rechter Beklagter sei denn auch hier der Besitzer des Schuldigen zur Zeit des Prozesses gewesen, „colui che nel momento dell' azione è

[1]) In D. 9, 1, 1, 12 ist der Satz ausdrücklich auch für die actio de pauperie bezeugt. B. (S. 38) verkehrt diese Aussage durch Streichung angeblich interpolierter Worte in ihr Gegenteil. Vgl. zu der Frage Heldrich, S.-Z. 46, 425.

in condizione di potere consegnare il colpevole"[1]), daher die Regel „noxa caput sequitur". Erst Justinian habe all diese Unterschiede beseitigt und die Ausdrücke noxa und noxia auch in bezug auf die actio de pauperie verwendet, aber nicht etwa in dem Sinn, daß er eine Schuldfähigkeit und Deliktsfähigkeit auch des Tieres habe anerkennen wollen; noxa im Sinne Justinians bedeute nicht mehr weder delictum noch damnum, sondern einfach nur das „corpus quod nocuit" (B. S. 23f.), und noxae deditio die deditio dieses corpus, sei es Sklaven oder Tiers. Wir werden diese Behauptungen kritisch würdigen müssen.

Ich beginne mit der letzten. Dafür, daß die Byzantiner unter noxa das corpus quod nocuit verstanden hätten, führt B. drei Belegstellen an, vor allem I. 4, 8, 1:

Noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus.

Sodann zwei Digestenfragmente — 9, 3, 1 pr. und 43, 24, 7, 1 —, wo die noxae deditio mit den Wendungen noxam dedere und dare wiedergegeben wird. Er hätte auch noch I. 4, 17, 1 und außerdem D. 42, 1, 6, 1 und C. 3, 41, 3 hinzufügen können, wo von der facultas noxae dedendae die Rede ist. Die Vermutung, daß in den fünf letztgenannten Stellen bloße Schreibfehler unterlaufen sind, liegt ungemein nahe, so daß das eigentliche Gewicht lediglich der Institutionenstelle zukommt. Nun steht die hier gegebene Definition in Widerspruch mit dem durchgehenden, in der Kompilation in zahllosen Stellen festgehaltenen Sprachgebrauch aller klassischen Quellen, aber nicht bloß dieser, sondern auch aller byzantinischen Quellen (vgl. etwa Bas. tit. 60, 5 und 60, 3, Theoph. zu I. 4, 9 und 4, 8, auch 4, 17[2]), wo noxae dedere nie mit *νόξαν*, sondern immer mit *εἰς νόξαν ἐκδιδόναι, διδόναι, παρέχειν* übersetzt wird.[3]) Wie kann man bei solcher Sachlage behaupten, für die Byzantiner

---

[1]) Biondi S. 19, 305f.

[2]) In dieser Stelle ist das aut noxam dedere des Institutionentextes mit *εἰς νόξαν δοῦναι* übersetzt.

[3]) Auch in den glossae lat.-graecae (Corp. gloss. 2, 134) wird die Wendung noxam dedit übersetzt, und zwar mit *εἰς κόλασιν* und *εἰς εὐθύνας δέδωκεν*, nicht etwa mit *τὸ σῶμα τὸ βλάψαν* (Theoph. IV 8, 1) *δέδωκεν*.



habe das Wort noxa seine alte Bedeutung eingebüßt und bedeute jetzt das corpus quod nocuit? Die Frage kann m. E. nur die sein, wie die Definition der Institutionen zu erklären ist. Mir scheint die einfachste Erklärung die folgende. Die Redaktoren der Institutionen werden in einer der von ihnen benutzten Quellen den Satz gefunden haben, daß unter noxae deditio die Auslieferung des corpus quod nocuit zu verstehen sei. Wenn sie nun das Wort noxae in dieser Verbindung statt als Dativ als Genitiv nahmen, so ergab sich von selbst die irrige Vorstellung, daß noxa gerade das zu dedierende corpus sei.[1]) Möglich, daß dieser Irrtum auch bei der Textgestaltung der fünf angeführten Stellen aus D. und C. eine Rolle spielte, so daß ihr überlieferter Wortlaut doch nicht, was mir jedoch wahrscheinlicher dünkt, auf bloße Schreiberversehen zurückginge. Weitere Konsequenzen wurden jedenfalls daraus nicht gezogen.

Ich lege auf diese Frage des Sprachgebrauchs kein übertriebenes Gewicht. Von ganz anderer Bedeutung wäre es, wenn B. mit der These recht hätte, daß die Noxalhaftung aus Delikten von Gewaltunterworfenen nicht als Obligation aufgefaßt werden dürfe, daß daher die Ablehnung der defensio seitens des Gewalthabers, ganz wie die Verweigerung der Einlassung auf eine Vindikation, als einzige Folge ein prätorisches duci iubere nach sich gezogen habe. Aber diese These ist m. E. nicht zu halten. Äußerstes Mißtrauen gegen sie muß schon der Terminus „noxae dedere“ erregen. Denn dedere bedeutet dasselbe wie unser „ausliefern“, d. h. eine Handlung des dedens; das rein passive duci pati aber ist keine Handlung. Ganz entscheidend spricht ferner gegen B., daß wir aus Gai. I 140. 141 und IV 79[2]) mit aller Sicher-

[1]) Nicht darf hier die Erläuterung des Servius zu Aen. I 41 herangezogen werden.

> . . . noxia culpa est, noxa autem poena. quidam noxa quae nocuit, noxia id quod nocitum accipiunt.

Auch wenn man statt quae nocuit liest: quod nocuit, dürften die Worte nicht auf das corpus quod nocuit, sondern auf die schädigende Tat zu beziehen sein. Nur so verstanden, war auch die Definition zur Deutung von Aen. I 41 verwertbar.

[2]) Vgl. auch Coll. II 3, 1.

heit wissen, daß Hauskinder „ex noxali causa“ manzipiert wurden. Wie sollen wir uns das vorstellen, wenn keine Verpflichtung zur Manzipation bestand? Sollen wir annehmen, daß der pater familias seine Kinder freiwillig ins mancipium gab? Das scheint in der Tat B. — ohne indes die Gaiusstellen anzuführen — anzunehmen; denn er sagt (S. 309): „Non escludo che praticamente la deditio si attuasse per mezzo della mancipatio, nello stesso modo che di solito il venditore faceva mancipatio al compratore della cosa venduta; dico solo che tutto ciò non era necessario, e che la semplice consegna bastava ad esonerare il dominus da ogni responsabilità, così come bastava nella vendita.“ B. übersieht jedoch hier, daß der Verkäufer einer res mancipi, einerlei ob dominus oder non dominus, wie sich aus Gai. IV 131a klar ergibt, allerdings zur Manzipation verpflichtet war. Eine freiwillige Manzipation ohne die Grundlage einer Verpflichtung wäre auch keine mancipatio „ex causa noxali“ gewesen. Aber nicht nur die Institutionen des Gaius, auch die Digesten lassen deutlich die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung erkennen. Vor allem Callistr. 2 ed. mon. 9, 4, 32:

> Is qui in aliena potestate est, si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur: et si praesens est dominus, tradere et de dolo promittere debet.

Den Schluß dieser Stelle mit Eisele, SZ. 13, 124 und Biondi S. 207. 292. 295 für interpoliert zu erklären[1]), besteht, abgesehen von der Ersetzung von mancipare durch tradere, nicht der mindeste Grund, wenn man nicht von der vorgefaßten Idee ausgeht, der dominus sei nicht zur Eigentumsübertragung verpflichtet; umgekehrt, das itp. tradere wird nur durch das ursprüngliche mancipare erklärlich, da der servus ductus zwar noch manzipiert, aber nicht mehr tradiert werden konnte.

Ganz in gleichem Sinne sagt Gai. 6 ed. D. 9, 4, 29:

---

[1]) Auch Wlassak, Klass. Prozeßformel S. 120 [43] hat sich anscheinend durch Eisele verführen lassen. Willkürlich scheint mir die Konjektur Beselers, S.-Z. 46, 118.



Non solum autem qui in potestate non habet recusare potest noxale iudicium, verum et habenti in potestate liberum est evitare iudicium, si indefensam eam personam relinquat: sed huic necesse est ius suum ad actorem transferre, perinde ac si damnatus esset.

Die Stelle ist wahrscheinlich insofern nicht unberührt geblieben, als sie im Original die Person des Delinquenten — Sklaven oder Haussohns — bestimmt bezeichnet haben wird, und die vorgenommene Veränderung mag auch auf die Fassung des Schlußsatzes eingewirkt haben. Die darin gemachte Angabe aber deshalb einfach als unklassisch zu streichen[1]), halte ich für ebenso übereilt wie in dem analogen Fall des fr. 32.

In D. 9, 4, 27, 1 aus Gai. 6 ed. (B. S. 312) wird ausgeführt, daß, wer auf interrogatio in iure einen fremden Sklaven für sein Eigentum erklärt, noxali iudicio hafte, sich aber durch noxae deditio nicht befreien könne. Dem wird als Begründung hinzugefügt: quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, cum ipsi domini non sint. Diese Trivialität möchte auch ich dem Gaius nicht zutrauen; sie wird eine in den Text eingedrungene Glosse sein, deren Inhalt aber sachlich zutrifft. Nicht alles, was unecht ist, ist darum unklassisch.

Biondi (S. 294) gibt auf Grund der erwähnten und noch anderer Zeugnisse zu, daß im Justinianischen Recht die Passivlegitimation bei den actiones noxales den Eigentümer treffe; im klassischen Recht aber, meint er, sei im Gegensatz dazu nicht der Eigentümer, sondern der bloße Besitzer als solcher legitimiert und dieser selbstverständlich nicht zur Eigentumsübertragung verpflichtet gewesen. Sehen wir zu, auf welche Gründe sich diese Behauptung stützt.

B. glaubt zunächst ganz mit Unrecht, das System der Duktionsermächtigung und der auf Grund der ductio gewährten Rechtsmittel (actio Publiciana, exceptio doli gegenüber der Vindikation) sei mit einer Eigentumsübertragungs-

---

[1]) So Biondi 295 unter Berufung auf Eisele, Naber und Pissard. Ebenso auch de Francisci, trasf. d. proprietà 176[2]. Anders Beseler, S.-Z. 46, 118.

verpflichtung des Belangten unvereinbar. Wozu, fragt er, hätte der Prätor dies ganze System ausgedacht, wenn der Kläger berechtigt gewesen wäre, die Eigentumsübertragung zu fordern? Mir scheint, daß B. hier den Mechanismus des Noxalverfahrens nicht erfaßt. Der schuldige Sklave ist, so nehmen wir an, in iure gegenwärtig, von dem Gegner sei es freiwillig, sei es auf Grund Durchführung der actio ad exhibendum mitgebracht. Nun fragt der Kläger den Gegner, ob er die Defension übernehmen wolle, was dieser verneint. Hier hat der Kläger unter allen Umständen größten Vorteil davon, daß er den Sklaven ohne weiteres abführen kann und in der so geschaffenen Lage geschützt wird. Mehr verlangen kann er nur und hat er zu verlangen auch ein Interesse nur dann, wenn er das Eigentum seines Gegners nachzuweisen vermag. Dazu wird er unendlich oft nicht imstande sein, oft genug auch, wenn er dazu imstande wäre, die damit verbundenen Weiterungen vermeiden und sich mit den prätorischen Schutzmitteln begnügen wollen. B. scheint mir aber weiter zu vergessen, daß die actiones noxales weit älter sind als die actio Publiciana und die exceptio doli. Auch in jener alten Zeit diente die ductio gewissen Interessen des Klagberechtigten, z. B. wenn er den Sklaven einfach totschlagen wollte. Wie aber, wenn er ihn behalten und, vielleicht nach einer gründlichen Züchtigung, nutzen wollte, was auch in jener alten Zeit gewiß oft genug der Fall war? Hier genoß er damals überhaupt keinen Rechtsschutz, wenn es ihm nicht gelang, sich das Eigentum zu verschaffen, und damals, nicht in der Zeit der klassischen Juristen, ist doch das zivile Recht der Noxalaktionen entstanden.

Einen schlagenden Beweis für die Veränderung des klassischen Rechts der Passivlegitimation glaubt B. (S. 301 f.) in der Gegenüberstellung gewisser Digestenfragmente zu finden, deren einige dem Pfandgläubiger und dem Usufruktuar die Defension des schuldigen Sklaven gestatten, während in D. 9, 4, 22, 1 (Paul. 18 ed.) die Passivlegitimation des Pfandgläubigers schroff in Abrede gestellt wird.:

> Is qui pignori accepit vel qui precario rogavit non tenetur noxali actione . . . . .

B. hält offenbar die Zulassung zur defensio und das actione teneri für ein und dasselbe und eben darum die angeführte Stelle für schwer interpoliert. Er irrt. Es war nicht nur natürlich, sondern notwendig, den Inhabern von iura in re aliena nach Umständen die Defension des schuldigen Sklaven zu gestatten; sie wären sonst, wenn der dominus nicht die Defension übernahm, Gefahr gelaufen, ihre Rechtsposition ohne jede Möglichkeit der Gegenwehr einzubüßen. Actione teneri bedeutet etwas ganz andres. Der Ausdruck kommt in bezug auf actiones in rem nur sehr selten vor und ist da wahrscheinlich überall interpoliert.[1]) Mit bezug auf actiones in personam findet er sich unendlich oft und will besagen, daß in der betreffenden Person die Kondemnationsvoraussetzungen der Formel gegeben sind. In der Person des creditor pigneraticius waren die der Noxalformel, wenn unsere Annahme, daß die bekannte alternative Haftung nach Zivilrecht nur den dominus traf, richtig ist, augenscheinlich nicht gegeben, daher der Satz „noxali actione non tenetur" durchaus zutrifft.

Nur aus der ständigen Verwechselung zwischen Zulassung zur Defension und actione teneri erklärt sich, daß B. (S. 315. 310) gewisse andere Stellen, höchst verdächtige Stellen geduldig hinnimmt und in ihnen sogar eine Bestätigung seiner Auffassung erblickt. So soll nach D. 9, 4, 11 Ulpian 7 ad ed. geschrieben haben:

> Bona fide servi possessor eius nomine furti actione tenebitur, dominus non tenetur[2]) . . . . .

Und Afric. 6 quaest. D. 9, 4, 28 versichert sogar:

> . . . ipso iure noxalis actio adversus eum (bonae fidei possessorem) competit . . . . .

Was soll das für ein ipsum ius sein, da doch das Zivilrecht dem b. f. p. nirgends eine besondere Rechtsstellung zubilligt? und wie konnte ein actione teneri, d. i. eine Haftung, als ein Privileg hingestellt werden, das nur dem gutgläubigen Besitzer zustehe? Die Kompilatoren selbst schei-

1) Vgl. meine Abhandlung in S.-Z. 46 S. 9[1].
2) Man achte auf den Wechsel des Tempus.



nen die Absurdität dieser Interpolationen empfunden zu haben; denn in D. 9, 4, 13 lassen sie den Gaius (13 ad ed.) erklären:

> Non solum adversus bona fide possessorem, sed etiam adversus eos qui mala fide possident noxalis actio datur: nam et absurdum videtur eos quidem qui bona fide possiderent excipere actionem, praedones vero securos esse.

Was die Juristen wirklich gesagt haben, wird sich schwerlich ermitteln lassen[1]; sicher ist nur das eine, daß sie das, was ihnen Justinian in den Mund legt, nicht gesagt haben **können**. Am wenigsten darf daran gedacht werden, das actione teneri in diesen Stellen in eine Zulassung zur defensio umzudeuten; denn eine actio, die den Gegner nur packt, wenn er sie freiwillig übernimmt, steht nicht ipso iure gegen ihn zu, und es wäre auch nicht absurd, zwar den b. f. p., nicht aber den m. f. p. zur defensio zuzulassen.

3.

Unsere bisherige Untersuchung macht uns den Weg frei zur Kritik der von B. vorgeschlagenen Fassung der Noxalformeln.

B. stellt, wie schon oben bemerkt, die intentio der Noxalformel aus Sklavendelikt (um so mehr also die aus Delikt des Haussohns) auf ein oportere nicht des Gewalthabers, sondern des Sklaven selber ab, z. B. auf ein Stichum pro fure damnum decidere oportere; erst die condemnatio richtet sich bei ihm gegen den Herrn, und zwar ohne daß darin die facultas noxae dedendi irgendwie erwähnt würde; diese facultas beruhe nicht auf dem Urteil, sondern auf dem Gesetze.

Prüfen wir zunächst die Fassung der intentio. B. stützt sie im wesentlichen auf zwei Argumente. Einmal darauf, daß nach unsern Quellen der Sklave aus Delikt zivil obligiert werde; zweitens darauf, daß nach der Auffassung der Römer

[1] **Beseler**, S.-Z. 46, 110. 111. 118 sucht dadurch zu helfen, daß er den b. f. p. durch den bonitarischen Eigentümer ersetzt und die noxalis actio zu einer utilis macht, in fr. 28 cit. aber den ganzen Schluß athetiert.

in der Übernahme der actio noxalis eine defensio servi liege, nicht anders als wie in der Übernahme der Vindikation eine defensio rei vindicatae. Beide Argumente entbehren des Gewichts. Es ist richtig: da und dort wird ein Sklave als noxae nomine oder furti obligatus bezeichnet (B. S. 176 [4]) und ein Obligiertsein wird auch in dem Ulpian zugeschriebenen Fragment D. 44, 7, 14 ausdrücklich betont:

> Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant.

Remanent: sie waren also schon vor der Freilassung obligati, und zwar civiliter obligati, — das ergibt sich aus der gegenteiligen Feststellung für die Kontraktsobligation. Die Echtheit dieser Angabe wird zwar neuerdings von Siber[1]) angezweifelt; aber wir brauchen auf diesen Zweifel nicht einzugehen und können sie ruhig als echt gelten lassen. Es bleibt dann immer noch die eigentlich entscheidende Frage: wie ist diese zivile Obligation des Sklaven zu verstehen? wofür und womit haftet der Sklave? Hier hat Biondi die Konsequenzen seiner eigenen ganz richtigen Lehre nicht gezogen. Er hat (S. 173f.) zutreffend ausgeführt, daß der Sklave (und ebenso der Haussohn) nach uralter und von den Römern immer festgehaltener Auffassung dem Rächer für das von ihm begangene Delikt mit seiner Person, mit seinem Leibe einzustehen hat. Dies und nur dies kann, wenn die Stelle echt ist, als Inhalt seiner zivilen Obligation angesehen werden. Keinem römischen Juristen aber ist es jemals eingefallen und konnte es einfallen, aus dieser Personalhaftung ein vermögensrechtliches oportere abzuleiten, den Sklaven zu Schadenersatz oder gar, wie beim furtum, zu einer vergleichsweisen Abfindung (damnum decidere) des Geschädigten verpflichten zu wollen.[2]) Wie das noxa solutum esse für den Sklaven nur bedeutet, daß

[1]) Natur. obligatio S. 35.

[2]) B. S. 255 [4] meint, wer „dubitasse di tale capacità", brauche ja nur in die intentio die Fiktion „si liber esset" einzuschieben. B. übersieht, daß eine so gefaßte intentio nicht mehr die einer actio civilis wäre. Gegen B. auch de Visscher RH. 1926 S. 325.

er von seiner körperlichen Haftung gelöst ist, so auch das noxae nomine obligatum esse nur, daß er dieser Haftung unterliegt. Damit ist aber auch bereits erklärt, warum die Übernahme der actio noxalis als ein defendere servum erscheint. Wird sie nicht übernommen, so ist der Sklave der Gefahr sofortiger Abführung ausgesetzt und damit der Rache des Klägers überliefert. Wer diese Gefahr abwendet, defendit servum; ob die intentio der Noxalformel so oder so gefaßt war, ist dabei ganz gleichgültig.

Gegen B.s Formelfassung sprechen aber noch ganz andere Bedenken. Die Parallele, in die er seine Noxalformel zur rei vindicatio setzt, ist verfehlt. Die actio in rem dient nach der römischen Auffassung nicht der Verfolgung irgendeiner Verpflichtung des Gegners, sondern der der Sache, sie soll dem Berechtigten den Zugriff auf die Sache ermöglichen, indem sie den Widerstand des Besitzers aus dem Wege räumt. Dies Wesen der actio in rem bringt ihre intentio zu deutlichem Ausdruck, indem sie einfach auf die Existenz des dinglichen Rechts abgestellt ist. Wenn die res dem Kläger gehört, dies ist der Sinn der Formel, und der Beklagte fügt sich nicht der Ausübung seiner Herrschaft, so muß der Beklagte verurteilt werden. Zwischen einer intentio aber, die auf ein oportere des Sklaven Stichus abgestellt ist[1]), und einer condemnatio, die seinen Herrn treffen soll, fehlt jede Brücke. B. wendet hiegegen ein (S. 256), diese Brücke liege eben in der Übernahme der defensio durch den Herrn. Dem wäre aber m. E. entgegenzuhalten, daß die actiones noxales in die Zeit der Legisactionen zurückreichen und daß es kein lege agere alieno nomine gibt, auch nicht für den Herrn zugunsten seines Sklaven.[2])

[1]) B. S. 253 behauptet, die pretesa noxalis sei in rem, „perchè afferma a favore dell' attore ed in confronto del colpevole, che non è parte in causa, quel diritto che con diverso contenuto nelle varie epoche storiche la legge attribuisce a chi abbia subito un torto". Ist das bei seiner Fassung der intentio wahr? Vgl. auch de Visscher a. a. O. S. 326.

[2]) B. S. 238 leugnet, daß in der defensio filii vel servi ein agere alieno nomine liege, da, trotz der Deliktsfähigkeit dieser Personen, doch die actio noxalis keine fremde Obligation in iudicium deduziere. Wie dies mit der von B. unterstellten Fassung der intentio vereinbart werden soll, ist mir nicht klar geworden, auch nicht durch B.s Ausführungen S. 238f.

Es wird hiernach dabei bleiben müssen, daß unsere intentio wie die in D. 9, 1, 1, 11 bezeugte der actio de pauperie auf das alternative oportere des dominus abgestellt war.[1]) B. meint (S. 267), bei solcher Fassung der intentio wäre das „quanti ea res est“ der condemnatio auf diese alternative obligatio zu beziehen gewesen, und die condemnatio hätte so auf etwas andres erfolgen können (eigentlich: müssen) als auf die poena ex delicto. B. verkennt hier m. E. die Bedeutung der fraglichen Klausel. In der Formel der actio furti nec manifesti (und ebenso der andern zivilen actiones ex delicto) kam das Wort res dreimal vor und jedesmal in der gleichen Beziehung, nämlich auf die demonstratio, nicht die intentio. S. p. . . . . furtum factum esse paterae aureae qua de *re* agitur, quam ob *rem* . . . . oportet, q. e. *res* fuit usw. Die res ist das den Gegenstand des Prozesses bildende furtum, nicht das in der intentio formulierte oportere.[2]) Sonst hätte ja auch in der gewöhnlichen actio furti nec manifesti die condemnatio nicht, wie uns doch in D. 47, 2, 50 pr. bestimmt überliefert ist, auf das Doppelte des quanti ea res fuit gehen können, das ja schon in dem pro fure damnum decidere drinsteckte, sondern nur auf das Einfache.

Bleibt noch die Behauptung B.s zu prüfen, daß das alternative aut noxae dedere in der condemnatio der actiones noxales nicht zum Ausdruck gekommen sei, weil die facultas noxae dedendi auf Gesetz beruht habe und darum im Urteil nicht besonders habe vorbehalten werden müssen.[3]) Er beruft sich hierfür auf einige Stellen, die m. E. nichts beweisen, während die entscheidenden Gegenzeugnisse als justinianisch zugestutzt beiseite geschoben werden (S. 259).

Man muß hier vor allem fragen: soll, was B. behauptet, auch für die honorarischen actiones noxales gelten, für die

[1]) Das gibt de Visscher, rev. gén. du droit XLII (1919) 297 zu; er läßt aber dies oportere (s. oben S. 2 n. 1) erst durch die litis contestatio entstehen. Mir scheint diese Konstruktion unmöglich. Eine auf oportere abgestellte intentio trifft nur zu, wenn dies oportere im Moment der l. c. bereits vorhanden ist.

[2]) Richtig erkannt von de Visscher a. a. O. 297 ff.

[3]) Im Sinn B.s auch Heldrich, S.-Z. 46, 432.



es eine gesetzliche Ordnung gar nicht gab? Hier muß, wenn nach dem Urteil eine noxae deditio überhaupt noch sollte stattfinden können, die condemnatio die Befugnis dazu notwendig vorbehalten haben. Damit erledigt sich jedenfalls die Berufung auf das bei Gai. 4, 48 ausgesprochene Prinzip der condemnatio pecuniaria, auf das übrigens B. selbst (S. 257) kein entscheidendes Gewicht legt. In der Tat sagt Gaius auch gar nicht, daß alle und jede condemnatio nur auf Geld gehen könne, sondern nur, daß in allen Formeln, die eine condemnatio enthalten, diese „ad aestimationem pecuniariam concepta est", was auch für die Noxalformeln zutrifft.[1]) Es übersteigt m. E. das bei der Textkritik erlaubte Maß von Kühnheit, wenn B. (S. 266) in dem Edikt de effusis den von Ulpian in D. 9, 3, 1 pr. überlieferten und ganz unentbehrlichen Schlußsatz „si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam (noxae *scr.*) dedere" glattweg für eine Interpolation erklärt. Jedoch verlohnt es sich, die Gründe anzusehen, auf die B. diese Behauptung stützt. Erstens: „perchè noxa è adoperato nel significato prettamente bizantino di corpus quod nocuit"; hierüber s. oben S. 11. Zweitens: weil die Form, in der die actio noxalis hier gewährt werde, nicht dem Sprachgebrauch des Edikts entspreche; hier übersieht B. das in meinem EP² § 61 a. E. Gesagte: daß es sich nämlich bei dem „si servus insciente domino fecisse dicetur" nicht wie sonst bei der Verheißung von Noxalformeln um eine Klagbehauptung, sondern um eine Entschuldigungsbehauptung des habitator handelt. Drittens: weil, wenn der verdächtigte Schlußsatz echt wäre, die von Ulpian in fr. 1 § 8 erörterten Zweifel, ob, wenn der habitator Sklave sei, die actio de effusis als noxalis oder de peculio zu erheben sei, nicht verständlich wären; hier ist übersehen, daß § 8 cit. von der Verantwortlichkeit des Herrn des servus habitator handelt, jener Ediktssatz aber von der des Herrn des Täters, zwei ganz verschiedene Fälle.

---

[1]) Wer das nicht gelten lassen will, mag annehmen, daß Gaius die besondere Gestaltung der condemnatio bei den erst später von ihm erörterten actiones noxales l. c. absichtlich außer Betracht gelassen habe.

Eine Bestätigung seiner Lehre sieht B. S. 257 in den Worten des Gaius IV 75, wonach „noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere". Hier werde die noxae deditio der litis aestimatio „nettamente" entgegengesetzt und so klargestellt, daß sie keinen Teil der condemnatio gebildet habe. Das ist nicht ganz genau. Die noxae deditio wird in der Stelle nicht der litis aestimatio entgegengesetzt, sondern dem sufferre litis aestimationem. Sufferre heißt „tragen, auf sich nehmen". Der Vater oder Herr muß noxae dedieren oder die litis aestimatio auf sich nehmen; das bleibt wahr, einerlei wie die condemnatio gefaßt war.

Eine zweite Stelle — Ulp. 37 ed. D. 9, 4, 8 — sagt von dem Miteigentümer, der wegen eines von dem servus communis begangenen Furtums belangt ist: non alias poterit is qui conventus est evadere litis aestimationem, nisi in solidum noxae dederit servum. Der Passus ist interpolationsverdächtig (s. Beseler, S-.Z. 46, 110); aber auch wenn er echt ist, sagt er nichts andres als was sich von selbst versteht, daß nämlich der Beklagte die litis aestimatio, d. h. hier allerdings die condemnatio, nur vermeiden kann, wenn er vorher die noxae deditio vollzieht. Ebenso steht es mit Ulp. eod. 38 pr., wonach der beklagte dominus, der nach der litis contestatio den schuldigen Sklaven dem Kläger verkauft hat, gleichwohl zu kondemnieren ist „quemadmodum si alii vendidisset: parvi enim refert, cui vendiderit, adversario an alii: suaque culpa litis aestimationem sublaturum, qui vendendo noxae deditionem sibi ademit". Auch hier ist der Schlußsatz, auf den B. Gewicht legt, interpolationsverdächtig.[1]) Aber einerlei ob echt oder unecht, die Stelle sagt gar nichts darüber, worauf die Kondemnation sich richtet, sondern nur, daß dem Beklagten die Möglichkeit der noxae deditio hier verloren geht; das trifft auch dann zu, wenn, wie wir annehmen, die condemnatio alternativ lautete.

Weiterhin (S. 258) führt B. drei Stellen an, worin derselbe „netto contraposto fra noxae deditio e condemnatio"

[1]) Dem bereits von Beseler, S.-Z. 46, 119 Bemerkten füge ich hinzu, daß der Satz aus der direkten in die indirekte Rede fällt.

begegne, D. 43, 24, 7, 1 (Ulp. 71 ed.); 47, 6, 1 pr. (Ulp. 38 ed.); 47, 10, 7, 4 (Ulp. 57 ed.). Bei der ersten vergißt B., daß er selbst (S. 90) ihren nachklassischen Ursprung überzeugend nachgewiesen hat; für das Justinianische Recht aber bestreitet er selbst die alternative Fassung der condemnatio nicht. Die zweite gehört zu den paraphrastischen Einleitungen, die die Kompilatoren vielen Titeln vorausgeschickt haben; daß insbesondere der Satz, auf den B. sich beruft, unecht ist, sieht jeder, der klassischen und nachklassischen Stil zu unterscheiden weiß.[1]) Die dritte Stelle habe ich schon in der Palingenesie (II 775 [1]) aus zutage liegenden Gründen für tribonianisch erklärt.

Eine vierte Stelle, Tryph. 15 disp. D. 9, 4, 37 handelt von dem Fall, wo der Kläger selbst den schuldigen Sklaven nach der L. C. von dem Beklagten gekauft hat, und entscheidet, daß der Beklagte gleichwohl zu kondemnieren sei. B. (S. 258) meint, hier habe die Kondemnation doch nicht alternativ lauten können; ich bin vom Gegenteil überzeugt. Der Inhalt der Verurteilung bestimmt sich nach der durch die L. C. festgestellten Formel und es ist darauf ohne Einfluß, ob sich der Beklagte durch Veräußerung die noxae deditio unmöglich gemacht hat oder nicht.

Nicht mehr Belang hat Paul. 51 ed. D. 40, 12, 24, 4 (S. 258). Der Delinquent, wegen dessen actio noxalis erhoben war, hat nach der Verurteilung des Beklagten die Freiheit erstritten; es wird entschieden: iudicati actionem potius in eum dandam. „Paolo decide che l'actio iudicati si accordi senz' altro contro di lui.“ Das beweise, daß die condemnatio nicht auf noxae deditio gerichtet gewesen sein könne. Senz' altro? Mir scheint, das dandam weise auf entsprechende Zurichtung hin. Übrigens erklärt B. selbst (S. 242) den angerufenen Satz für unecht, und was die actio iudicati betrifft, so geht sie, wie sich demnächst zeigen wird, trotz der alternativen Fassung des Urteils in der Tat nur auf die litis aestimatio. Auch das von B. noch herangezogene fr. 14 D. 3, 2 aus Paul. 5 ed. handelt von einer translatio

---

[1]) si quidem — enimvero si; si velit dicere noxios servos (!); si maluerit — offerre.



iudicii in libertum, wobei selbstverständlich die erforderlichen Abänderungen der Formel vorgenommen wurden.

So bleibt denn als letzte Stütze für B.s Formulierung der condemnatio nur noch Ulp. 66 ed. D. 42, 1, 6, 1:

> Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae[1]) ex lege accipit. at is, qui stipulatus est decem aut noxae dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt ea, quae singula separatim stipulari possumus: at iudicium solius noxae deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur. et ideo iudicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur.

Hier steht nun freilich das genaue Gegenteil dessen, was B. lehrt; aber durch Annahme von Streichungen und Zusätzen (mutilazioni ed aggiunte, B. S. 273) kann man ja schließlich aus jeder Stelle alles machen was man will. M. E. ist diese allerdings durch Zusätze eines Glossators ungeschickt erweitert; nur liegen diese anderswo, als B. glaubt. Für unecht halte ich den Schluß von sed pecuniariam an. Die Behauptung, daß ein iudicium noxae deditionis der pecuniaria condemnatio folge oder sich an sie anschließe, ist, wie nicht zu bezweifeln, heller Unsinn und nur aus dem vorhergehenden „iudicium solius noxae deditionis nullum est" herausgewachsen. Der mit et ideo[2]) beginnende Schlußsatz aber ist nichts als eine inkorrekte Wiederholung dessen, was schon im Eingang der Stelle gesagt war, ohne irgend einen neuen Gesichtspunkt. Der echte erste Teil der Stelle gibt eine durchaus klare und verständige Entscheidung. Ulpian handelt in seinem lib. 66, das darf nicht übersehen werden, von der sententia in duplum revocanda (EP. § 226). Die Frage, die ihm vorliegt und von ihm beantwortet wird, ist die, was denn zu duplieren sei, wenn der auf „decem aut noxae dedere" kondemnierte Beklagte die Gültigkeit des Urteils

---

[1]) dedendi *scr.*

[2]) Ich beziehe mich absichtlich nicht auf Beseler, S.-Z. 45, 456f., und lasse dahingestellt, ob der Gebrauch von „et ideo" ein einigermaßen sicheres Interpolationsmerkmal ist.

bestreitet und nun mit der actio iudicati belangt wird. Die ganze Frage hat offenbar Sinn nur, wenn die condemnatio, so wie die Stelle deutlich sagt, alternativ lautete. Nun kann die noxae datio selbstverständlich nicht dupliert werden; Gegenstand der duplatio können nur die decem sein: iudicati in decem tenetur. Zur noxae deditio ist ja der Beklagte aus dem Urteil auch gar nicht verpflichtet; er empfängt ex lege, d. h. durch das das Gesetz anwendende Urteil, nur die facultas noxae dedendi, d. h. das Recht, sich durch noxae deditio zu befreien. An alledem ist auch nicht eine Silbe zu ändern. Auch die gegensätzliche Heranziehung des Stipulationsrechts ist nicht mit B. zu beanstanden. Bei der (alternativen) Stipulation, will Ulpian sagen, kommt jeder einzelne Gegenstand, den wir uns einzeln auch getrennt versprechen lassen können (und das ist hinsichtlich des noxae dedere der Fall), auch in obligationem, — darum kann aus ihr nicht der eine Gegenstand für sich allein eingeklagt werden (die zutreffende actio ist vielmehr die actio incerti ex stipulatu); dagegen ist die facultas noxae dedendi kein möglicher Gegenstand eines selbständigen iudicii, vielmehr, das ist die ungeschickt ausgedrückte, sachlich aber ganz richtige Meinung des Glossators, nur ein Anhängsel der condemnatio pecuniaria. Die ganze Ausführung bietet eine schlagende Widerlegung von B.s Lehre.

Unter diesen Umständen erübrigen sich weitere Gegenargumente. Nur eines sei noch berührt. Die actiones detracta noxae deditione, die bekanntlich in verschiedenen Fällen vom Prätor gewährt werden, werden sinnlos, wenn in der Formel der gewöhnlichen actio noxalis von noxae deditio gar keine Rede war. B. bemüht sich im letzten Kapitel seines Buchs vergebens, diese Unmöglichkeit plausibel zu machen. Er denkt an einen Defensionszwang, der bei der gewöhnlichen actio noxalis gefehlt habe. Mit Recht; aber dieser Unterschied muß doch in den Formeln irgendwie ersichtlich geworden sein. Er wurde ersichtlich dadurch, daß in der condemnatio das aut noxae dedere wegblieb; diesen einzig denkbaren Weg aber hat sich B. durch seine unhaltbare Lehre versperrt.

4.

Es bleibt uns noch eine Frage zu beantworten: auf welchem Wege konnte der dominus, der die Übernahme des iudicium noxale ablehnte, zur noxae deditio gezwungen werden? Für Biondi existiert diese Frage nicht; nach ihm ist ja mit der bloßen ductio des Schuldigen alles erledigt. Für uns, die wir den Satz des Pomponius „noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere" dahin verstehen, daß zwar allerdings niemand die Defension des Schuldigen zu übernehmen brauchte, aber doch nur unter der Voraussetzung, daß er sein nolle defendere durch noxae deditio handelnd dokumentierte, liegt die Sache anders. Die Lösung des Rätsels ist aber sehr einfach und längst gefunden. Wer bei Ablehnung des iudicium noxale nicht zugleich die noxae deditio vollzieht, verletzt dadurch gewiß keine Defensionspflicht hinsichtlich des Sklaven — eine solche Pflicht existiert nicht —, wohl aber liegt in seinem Verhalten ein non uti oportet *se* defendere, er entzieht sich der ihn selbst treffenden Haftung, und die Folge kann nur wie sonst die Einleitung von Exekutionsmaßregeln gegen ihn — ductio, missio in bona — sein. Daß dies die römische Auffassung und Ordnung war, ergibt sich nicht nur als Konsequenz aus der oben nachgewiesenen Struktur der Formel, sondern m. E. unwiderleglich aus cap. XXII der lex Rubria, wo unter den Anwendungsfällen der ductio und missio ausdrücklich auch der angeführt ist: (sei is) . . . . eamve rem de qua arguetur se fecisse obligatumve se eius rei noxsiaeve esse confessus erit deixseritve, welchem Fall dann weiterhin der der unterlassenen defensio gleichgestellt wird. B. glaubt die Beweiskraft dieser Stelle dadurch beseitigen zu können, daß er „noxsiae obligatum esse" nicht von der Obligation aus Delikt von Gewaltunterworfenen, sondern von der aus eigenem Delikt des Beklagten selbst verstanden wissen will (S. 211). Ich halte diese Interpretation, um B.s eigenen Ausdruck anzuwenden, für „semplicemente fantastica". Es ist undenkbar, daß ein römisches Gesetz ein Wort, das seit den zwölf Tafeln technisch bei der Noxalhaftung verwendet wurde, zur Bezeichnung beliebiger Delikte gebraucht haben sollte. Man beachte

auch wohl, daß in der fraglichen Stelle der lex Rubria vorher von oportere und debere verschiedensten Inhalts die Rede ist, ohne daß aber irgendwo der Grund dieses oportere und debere angegeben wurde; das Gesetz, das von Kontrakten als Obligierungsgrund schweigt, kann nicht die Delikte als Obligierungsgrund ausdrücklich erwähnt haben. M. E. gibt es für die angeführten Worte des Gesetzes nur eine Deutung. Sie betreffen drei Fälle des Geständnisses: erstens Geständnis der Tatsache eines von dem Beklagten selbst begangenen Delikts (eam rem de qua arguetur se fecisse), zweitens, was ja nicht dasselbe ist, Anerkennung der aus einem solchen hervorgehenden Obligation (obligatum se eius rei esse), drittens Anerkennung einer Noxalhaftung (noxsiae se obligatum esse). Die Fassung, in der uns der dritte Fall entgegentritt, bestätigt zugleich, daß es sich bei der Noxalhaftung nicht um die bloße defensionsweise Übernahme einer fremden Obligation, sondern um eine eigene Obligation des Eigentümers oder Gewalthabers handelt.[1]) Kam es auf Grund der missio im Fortgang des Verfahrens zur venditio bonorum, so wird die Noxalobligation so behandelt worden sein wie jede andere Obligation, d. h. der bonorum emptor haftete für die litis aestimatio zu den gebotenen Prozenten; die facultas noxae dedendi, d. h. das Recht, sich durch Übertragung des ihm allein zustehenden bonitarischen Eigentums zu befreien, wird er behalten haben.

All dies bietet keinerlei Schwierigkeiten. Nicht so einfach ist dagegen die Frage, die sich schließlich noch aufwirft, wie denn die Formel gefaßt war, wenn ein andrer als der dominus oder pater familias die Defension des Schuldigen übernahm, also jemand, der zivilrechtlich selbst nicht haftbar war, z. B. ein Pfandgläubiger oder Usufruktuar. Die Quellen gewähren keinerlei Anhaltspunkte. Man darf hier nicht an eine Formel mit Wechsel der Subjekte denken

[1]) Ganz unmöglich scheint mir die Auffassung der Stelle durch de Visscher, rev. gén. 1919 S. 18: celui qui, dans une confessio in iure, se reconnaît noxsiae obligatus, ne peut être autre que l'auteur de l'infraction lui-même. Wie kann ein Sklave eine confessio in iure abgeben oder gar iudicio non uti oportet se defendere?



(intentio auf den Namen des dominus, condemnatio auf den des defendens); denn was in solchem Fall übernommen wurde, war nicht die defensio domini, sondern die defensio des Delinquenten. Am wahrscheinlichsten scheint mir eine auf den Namen des defendens abgestellte fiktizische intentio (Fiktion: si dominus esset); in der condemnatio blieb wahrscheinlich das gewöhnliche aut noxae dedere stehen, indem man diese Worte, die beim Eigentümer von „Eigentumsübertragung" verstanden wurden, im Wege der Interpretation dem Fall entsprechend umdeutete. Dieser Umdeutung stand nichts im Wege. Das Wort dedere hat ja, wie die völkerrechtliche deditio und die des Hauskinds dartun, keine ausschließliche Beziehung auf Eigentumsübertragung; es bedeutete an sich nur „ausliefern"; was aber zur Auslieferung gehört, das gestaltet sich verschieden, je nach der Rechtslage des Ausliefernden.

II.

„Iudicium“.

Von

Herrn **Otto Lenel**

in Freiburg i. Br.

Wlassaks Auffassung der Litiskontestation und seine Untersuchungen über iudicium und iudicium legitimum sind nach meiner Überzeugung der Schlüssel für das Verständnis des römischen Zivilprozesses. Er hat seine Lehre in allen Hauptpunkten so fest fundiert, daß ein Angriff auf sie m. E. keiner Abwehr bedarf. Wenn ich gleichwohl im folgenden den Artikel, den Beseler im letzten Bande dieser Zeitschrift S. 131f. unter obigem Titel veröffentlicht hat, einer Kritik unterziehe, so geschieht dies nicht, um Wlassak sehr überflüssige Sekundantendienste zu leisten, sondern um der Methode entgegenzutreten, mit der dieser Angriff geführt ist.

„Iudicium“, so beginnt Beseler, „ist das Verfahren, das einen unendlich kleinen Moment (?) nach der Vollendung der L C beginnt und mit dem Ende des Prozesses endigt, ist das, was Oskar Bülow Prozeß nennt.“ In einer Anmerkung wird hinzugefügt: „Iudicium hat nie eine andere technische Bedeutung, insonderheit bedeutet es niemals formula.“ Wlassak hat das Gegenteil behauptet und diese Behauptung durch ein umfangreiches Beweismaterial begründet.[1]) Mit diesem Beweismaterial findet sich B., ich möchte sagen, diktatorisch ab. „In lex Rubria 20 ist bei includantur concipiantur und includei concipei ‚in formula‘ hinzuzuverstehen.“ Die lex Rubria 20 verordnet bekannt-

[1]) Litiskontestation S. 15f., Röm. Prozeßgesetze I S. 78f. Ich lasse dahingestellt, ob das Wort in allen Fällen, die W. dahinrechnet, wirklich die Bedeutung „Schriftformel“ hat und nicht mitunter die: „durch Schriftformel begründeter Prozeß“. Aber auch diese Deutung fände bei B. keine Gnade.

lich: uti ea nomina et municipium colonia locus in eo iudicio . . . . . . includantur concipiantur, quae includei concipei sine dolo malo oporteret debebit[1]) *rel.*, also nach B.: daß in diesem Prozeß — der, wie er sagt, erst nach der L C beginnt — gewisse Bezeichnungen, ergänze: in die Formel, aufgenommen und darin zum Ausdruck gebracht werden usw. Somit würde die lex Rubria nicht nur das ganz unentbehrliche „in formula“ weggelassen und statt dessen das ganz überflüssige „in eo iudicio = in diesem Prozeß“ eingesetzt haben, sondern auch voraussetzen, daß die Formel erst nach der L C abgefaßt worden wäre. Das meint B. natürlich nicht; aber entspricht seine Auslegung den Gesetzen der Ausdruckspsychologie („welche bestimmen, in welcher Art der Mensch seine Gedanken ausdrückt“, B. 4, 240 n.), deren Verkennung er Wlassak zum Vorwurf macht? „In der Rede pro Tullio (iudicium composuit) sagt Cicero ungenau ‚Prozeß‘ statt ‚Formel‘.“ Kann man einen Prozeß „zusammenstellen“ oder „abfassen“ (das heißt doch componere)? Dem übrigen sehr bedeutsamen Beweismaterial Wlassaks widmet B. überhaupt kein Wort. Heißt das einen ernsthaften Schriftsteller widerlegen?

„Entstehungsgrund des iudicium ist früher das lege agere, später die Formelerteilung. Herr des iudicium ist der iudex, ursprünglich der Magistrat, später der iudex privatus. Legitimum ist das iudicium, dessen iudicis potestas ius dicendi auf einem ius dicito . . . des Zwölftafelgesetzes beruht. Dies Gesetz muß den Satz enthalten haben: praitor domi ious deicito (worauf gefolgt sein mag: militiai induperato).“ Hier läßt B. selbst (S. 131 [3]) seinen Leser ihm den Einwand machen: „Du dichtest“, freilich nur, um den Frevler sofort in seine Schranken zurückzuweisen. Ich fürchte, es wird trotzdem dabei bleiben müssen: „Du dichtest“; denn ein Beweis für diese Behauptungen wird nicht erbracht, ja nicht einmal versucht. Insbesondere finden wir für den sehr wichtigen Satz, daß das Beiwort legitimum auf die Zwölftafeln deute, statt eines Beweises lediglich die Berufung auf Mommsen (in den jur. Schr. 3, 356f.).

---

[1]) oportere ei videbuntur *coni.* Mommsen.



Allein so hoch wir Mommsens Autorität einschätzen, gerade hier steht seine Beweisführung auf schwachen Füßen. Während er zugibt, daß unendlich oft das Wort legitimum in weiterem Sinne (= gesetzlich) gebraucht werde, behauptet er gleichwohl, daß in Verbindung mit den drei Wörtern hereditas, tutela, iudicium das Wort die besondere Beziehung gerade nur auf die Zwölftafeln habe. Das ist in Hinsicht der hereditas legitima nachweisbar unrichtig; die römischen Juristen rechnen den heres ex SC° Tertulliano oder Orfitiano zu den heredes legitimi, nicht etwa bloß hier und da, sondern in ständigem Sprachgebrauch. Man vergleiche etwa Paul. sent. 4, 9 § 8; 4, 10 § 1—4; Ulp. XXVI 7. 8; Ulp. D. 38, 17, 1 § 2—5, 7—9; 2 § 2—4. Nach fr. 1 § 9 standen in dem SC Orfitianum selbst die Worte „legitima hereditas". Vielleicht wird B. hierauf erwidern: eine hereditas, die nicht lege defertur, könne nicht legitima genannt worden sein; die Bezeichnung des heres als legitimus gehe hier überall auf Interpolation oder Glossem zurück. Wer die Stellen unbefangen liest, wird dem schwerlich beitreten; zu einer so ständigen, zwanzigmal wiederholten Interpolierung oder Glossierung fehlte auch jeder Anlaß. Und man lese nun gar, was Ulpian 46 ad ed. in seinem Kommentar zur b. p. unde legitimi sagt, D. 38, 7, 2 § 4:

> Haec autem bonorum possessio omnem vocat qui ab intestato potuit esse heres, sive lex duodecim tabularum eum legitimum heredem faciat sive alia lex senatusve consultum. denique mater quae ex senatus consulto venit Tertulliano, item qui ex Orfitiano ad legitimam hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt.

Soll auch hier Interpolation oder Glossem vorliegen?

Anders liegt die Sache bei der tutela legitima. Hier ist es wahr: die Klassiker kannten keine andere tutela legitima als die zwölftafelmäßige der Agnaten und Gentilen und des Patrons. Aber nur deshalb nicht, weil das Zwölftafelrecht hier unverändert geblieben war, es kein anderes Gesetz gab, das neue Fälle gesetzlicher Tutel geschaffen hätte. Wenn es bei Ulp. XI 3 heißt:

legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt. per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege XII tabularum introducuntur . . .,

so hat diese Stelle keineswegs die entscheidende Bedeutung, die Mommsen (a. a. O. 362) ihr beilegt. Hier allerdings haben wir, wie F. Schulz[1]) mit Recht bemerkt, „deutlich nachklassische Arbeit" vor uns; ihr Verfasser wäre in Verlegenheit geraten, wenn er die „lex aliqua" hätte benennen sollen, aus der noch andere tutores legitimi „descendunt" als die Agnaten und Gentilen, er müßte denn, was Mommsen in der Tat annimmt, zu den tutores legitimi i. w. S. — in Widerspruch zu dem feststehenden Sprachgebrauch sämtlicher Klassiker — auch den tutor Atilianus gerechnet haben, und dann konsequent umgekehrt den tutor testamentarius, weil er ex lege XII tabularum „descendit", zu den legitimi i. e. S.

Aus der Analogie der hereditas legitima und der tutela legitima läßt sich also für die Bedeutung des Ausdrucks iudicium legitimum nicht das geringste folgern, und in dem, was Mommsen (S. 363f.) über den angeblichen technischen Wert dieses Ausdrucks ausführt, wird die Beziehung auf das Zwölftafelrecht nicht etwa durch Quellenbelege dargetan, sondern einfach postuliert.

Aber kehren wir zu B. zurück. Er fährt fort: „Diesen (angeblichen) Satz (der Zwölf Tafeln) bezog man auch auf den legitim eingesetzten eingliedrigen Stellvertreter des Prätors, den iudex privatus, der wie der Prätor iudex heißt und ist, wahrscheinlich, trotz Gaius, der oft nicht alles sagt was ist, auch auf die legitim eingesetzten iudices centumviri . . . . ." „Als legitim eingesetzt betrachtete man nur den iudex, den der Prätor durch einen domi gesprochenen Befehl eingesetzt hat." „Von wem die lex sagt domi ius dicito, der kann nur domi legitim judizieren, wer aber nur domi legitim judizieren kann, der kann auch nur domi ein iudicium legitim begründen, nur domi einen Stellvertreter legitim einsetzen." Man staunt, wenn man liest, wie hier aus einem frei erfundenen Zwölftafelsatz Folgerungen ab-

[1]) Epitome Ulpiani S. 35.

geleitet werden, die allem widerstreiten, was den wirklichen Quellenzeugnissen zu entnehmen ist. Wo finden wir den iudex privatus als Stellvertreter des Prätors bezeichnet, wo ihm (wie es durch B. S. 132 unt. ausdrücklich geschieht) Jurisdiktionsgewalt zugeschrieben, wo dem Prätor die Macht zu judizieren? Wenn irgend etwas gewiß ist, so ist es von dem allem das Gegenteil.

Selbstverständlich ist nach B. „das Dasein eines legitimum iudicium unabhängig von der Art des Entstehungsgrundes des iudicium“ (S. 133). Die legis actio ist nach ihm ebenso fähig, ein iudicium legitimum zu erzeugen wie die Formel. W. hat (Prozeßges. 1, 54f.) nachgewiesen, daß diese Annahme dem Sprachgebrauch der Quellen widerstreitet. Nicht als ob je ein Römer das Verfahren auf Grund legis actio für ungesetzlich gehalten hätte; aber der Römer denkt, einerlei wie dieser Sprachgebrauch zu erklären ist, bei dem Ausdruck iudicio agere nur an den mittels Schriftformel begründeten Prozeß, betrachtet daher lege agere und legitimo iudicio agere als sich ausschließende Gegensätze. Das geht insbesondere aus Gai. 1, 184 und Ulp. XI 24 und 27 klar hervor. B. hält es offenbar für überflüssig, sich mit diesen Zeugnissen auseinanderzusetzen. Und gesetzt einmal, daß B. recht hätte, wie würde es dann mit dem „iudicium“ stehen, das auf Grund nicht der Zwölf Tafeln, sondern der lex Silia oder Calpurnia eingesetzt wäre? Nach B. würde es nicht legitimum sein.

Wie B. Wlassaks Lehre vom iudicium verwirft, so auch die von der Vertragsnatur der Litiskontestation. Man muß hier das Wesentliche und das Unwesentliche in Wlassaks Lehre auseinanderhalten. Für unwesentlich halte ich die Frage der Form, in der sich die L C des Formularprozesses vollzog, eine Frage, über die schwerlich jemals Einigkeit erzielt werden wird. Das Wesentliche liegt für mich darin, daß die Litiskontestation dadurch zustandekommt, daß beide Parteien übereinstimmend vor dem Prätor ihren Willen zu erkennen geben, unter der von ihm genehmigten Formel prozessieren zu wollen. Darin liegt für uns Moderne ebenso gut ein Vertrag, wie in der Auflassung eines Grundstücks vor dem Grundbuchbeamten. Ob die Römer die L C

um deswillen zu den eigentlichen contractus gerechnet haben, das hängt von der viel bestrittenen Bedeutung dieses Ausdrucks ab. Man mag es bejahen oder, trotz des bekannten „iudicio contrahere", verneinen; für den Kern der Sache ist es m. E. gleichgültig. Und was präsentiert uns denn nun B. an Stelle der „nicht billigenswerten" Lehre W.s? Gleich als ob W.s Schriften gar nicht existierten, tritt B. seinerseits mit der Behauptung auf (S. 136 in der Note): „Das Wort litis contestatio bezeichnet mit dem Namen eines hervorstechenden sinnlichen Elements die Gesamtheit der Verhandlung in iure, welche mit dem decretum des Prätors abschließt." Es möchte ihm schwer fallen, auch nur eine einzige Quellenstelle aufzutreiben, worin L C die Gesamtheit der Verhandlung in iure, worin sie etwas anderes bezeichnet als einen Parteienakt, worin zu ihrer Vollendung ein abschließendes decretum praetoris gefordert würde. Er hält Quellenbelege anscheinend für überflüssig. Man vermißt auch jede Andeutung über den Zweck des angeblichen Definitivdekrets. Nach B. selbst (S. 135[1]) ist iudicium dare „der Zwischenbescheid (also doch auch schon ein Dekret?), durch den der Magistrat einen Prozeß im Sinne der in iure gefundenen und vom Kläger gewollten Formel gutheißt." Wenn nun der Beklagte einlassungsbereit ist, d. h. erklärt, unter dieser Formel prozessieren zu wollen, dann soll erst noch das „Definitivdekret" ergehen. Wozu? Nimmt B. etwa auch hinter den Legisaktionen ein solches Definitivdekret an? Man stelle sich doch nur vor, daß durch unsern heutigen Zivilprozeß die Entscheidung in die Hand von Geschworenen gegeben würde, denen bestimmt formulierte Fragen vorzulegen wären. Ganz gewiß würde sich dann von selbst die Reihenfolge ergeben, die W. für den römischen Prozeß nicht behauptet, sondern nachgewiesen hat: Antrag des Klägers in bezug auf die Fassung der Fragen, Verhandlung zwischen den Parteien darüber, Entscheidung des Gerichts, welche Fragestellungen es genehmige, Erklärung der Parteien, ob sie unter dieser so festgestellten Voraussetzung den Prozeß weiterführen wollen. Bejahendenfalls wäre eine neue Gerichtsentscheidung über die zu stellenden Fragen höchst überflüssig, ja lächerlich. Was dem Gericht zu tun

übrig bliebe, wäre nur die Übermittlung der Fragen an den Geschworenen, der dadurch zu ihrer Beantwortung verpflichtet würde, im römischen Sinne: nicht das iudicium dare, sondern der Judikationsbefehl.

B. läßt seiner Ablehnung der Vertragstheorie noch (S. 136f.) die Worte folgen: „Wahr ist nur, daß in Rom jedermann durch bare Nichteinlassung oder durch Einlassungsweigerung bewirken kann, daß ein Prozeß in Bülows Sinne gegen ihn nicht stattfinden kann und nicht stattfindet. Diese wie römische so auch germanische Auffassung . . . . wurzelt in der Vorstellung, daß der Prozeß ein Streit und ein Streit etwas Gegenseitiges ist. Aber wehe dem, der sich auf die vom Kläger geforderte und vom Prätor gebilligte actio nicht einläßt! . . . . . . Kann Nichteinlassung jemals vernünftig sein? Gewiß. Wenn man erwarten darf, daß ein Magistrat mit par maiorve potestas oder ein tribunus das decretum kassieren wird, durch welches der Prätor die Konsequenz aus der Nichteinlassung ziehen wird.“ Das trägt B. so vor, als ob er damit den eigentlichen Schlüssel zum Verständnis des erörterten Satzes gegeben hätte. Leider sind aber dabei die praktischen Erwägungen vollkommen übersehen, die im römischen Prozeß zwangsläufig dazu führen mußten, das Zustandekommen des iudicium von der Einlassung des Beklagten abhängig zu machen. Von der Gestaltung der Formel (und früher der legis actio) hing ganz wesentlich der Ausgang des Prozesses ab. War es nun dem Beklagten von vornherein klar, daß er unter der genehmigten Formel keine Aussicht auf für ihn günstigen Ausgang hatte, so wäre es schlechthin sinnlos gewesen, gleichwohl einen Geschworenen zu bestellen und den Beklagten zu zwingen, vor diesem zu prozessieren. Wie das Recht Englands, des Mutterlands des modernen Geschworeneninstituts, selbst im Strafprozeß den Angeklagten, der „guilty“ plädiert, ohne Geschworenenspruch den Straffolgen des ihm zur Last gelegten Verbrechens unterwirft, so der römische Zivilprozeß den Beklagten, der sich nicht einläßt, den Exekutionsfolgen. Es ist nicht an dem, daß der Staat, wie B. (S. 138) meint, den, „der das Gnadenmittel des Rechtsstaates verschmäht“,

dem vorstaatlichen Selbsthilferecht überlieferte, sondern die Vermeidung des überflüssigen und aussichtslosen Prozesses ist einfach durch das Interesse beider Parteien, auch des Beklagten, geboten.

Ich habe im obigen das sachlich Fragwürdige in B.s Ausführungen unterstrichen. Meine Bedenken gegen seine Kritik sind aber damit nicht erschöpft. Wer die Lehre eines Schriftstellers kritisch angreift, von dem müssen wir verlangen, daß er den Standpunkt seines Gegners mit absoluter Genauigkeit wiedergibt, daß er ferner dem Leser durch Zitat der Stellen, wo der Gegner die bekämpfte Meinung vertritt, die Möglichkeit gibt, die Genauigkeit jener Wiedergabe nachzuprüfen, daß er endlich ängstlich auch den Schein vermeidet, als ob er dem Gegner Meinungen unterschiebe, die er nicht hat, und ihn eines Bessern habe überführen wollen und überführt habe, auch da, wo er in Wirklichkeit völlig mit ihm einig geht. In allen drei Beziehungen ist B.s Kritik nicht einwandfrei. Ich kann nicht umhin, hierfür Beweis anzutreten.

S. 134 läßt B. Wlassak behaupten, „daß das Wort iudicium bisweilen Bezeichnung des gesamten Verfahrens von in ius ductio bis Prozeßende sei“. Bekanntlich läßt Wlassak das iudicium mit der L C beginnen (vgl. Litiskontestation 56, Prozeßgesetze II 33. 38. 48. 358, Judikationsbefehl 285), nicht ohne (Litisk. 56) ausdrücklich hinzuzufügen, daß alles, was der L C voraufgeht, nicht unter den Begriff fällt. Eine B.s Behauptung rechtfertigende Äußerung W.s habe ich trotz Suchens nicht finden können. Ein Zitat als Beleg gibt B. nicht.

S. 131 [1] sagt B.: „Iudicium dabo heißt: ich werde einen Prozeß gewähren.“ Jeder, der dies in dem dortigen Zusammenhang liest, muß annehmen, daß W. andrer Ansicht sei. In der Tat hat W., wie er selbst (Klass. Prozeßf. 124 [56]) offen zugibt, über die Bedeutung jener Wendung sich nicht immer in einem und demselben Sinn geäußert. Seine heutige Auffassung sei mit seinen eigenen Worten (ebenda 164) wiedergegeben: „Was also behaupte ich? Folgendes: daß iudicium (actionem) dare das beamtliche ‘bewilligen’, ‘gestatten’, ‘zulassen’ des erbetenen Prozesses anzeigt oder

— was auf dasselbe hinausläuft — das 'bewilligen' der postulierten Streitbefestigung, die den Prozeß begründen soll. Weiter aber schließt jenes dare notwendig die amtliche Billigung der Formel ein, mit der ja die lis zu kontestieren ist. Eben darum trifft man den Sinn unserer Phrase auch, wenn man sie durch 'Bewilligung' oder 'Zulassung' der Formel wiedergibt. Dagegen ist es nach meinem Ermessen unstatthaft, in ihr . . . . . ein körperliches Hingeben der Prozeßformel ausgedrückt zu finden." Diese Äußerung hätte B. m. E. nicht mit Stillschweigen übergehen dürfen.

S. 132 führt B. aus, daß nur das domi begründete iudicium ein iudicium legitimum sei; domi bedeute ursprünglich „innerhalb des pomerium", später, wahrscheinlich auf Grund eines Gesetzes, 'innerhalb des ersten Meilensteines'. Auch dies liest sich, als ob eine W. korrigierende neue Entdeckung gebracht werde. In Wirklichkeit stimmt das Angeführte genau überein mit dem, was W. selbst (Prozeßges. II 256f., 266f.) ausgeführt hat, ohne daß diese Übereinstimmung irgendwie hervorgehoben wird. Ebenso deckt sich die Deutung, die B. S. 132 [1] den Worten „sub uno iudice accipiuntur' bei Gai. IV 104f. gibt, genau mit der nicht zitierten W.s (Prozeßges. II 28. 80f.).

Wenn S. 133 sehr mit Recht betont wird, man müsse unterscheiden die prozessuale lex, kraft deren das iudicium ein iudicium legitimum sei, und die lex, die einen materiellrechtlichen Anspruch gewähre und kraft deren ein iudicium ein iudicium ex lege sei, so entsteht auch hier wieder der Schein, als ob W. diese Unterscheidung fremd sei, und dieser Schein wird dadurch verstärkt, daß B. hier ausdrücklich W.s Prozeßgesetze II 21f. zitiert und die dort gegebene Deutung von Gai. IV 109 hinsichtlich eines m. E. sehr nebensächlichen Punktes bekämpft, während Prozeßges. II 1f. nicht erwähnt wird, wo W. jene Unterscheidung mit klaren Worten macht.

S. 135 wird W.s Lehre von der Vertragsnatur der L C als eine Erneuerung der Mayerschen Lehre bezeichnet. Wer das liest, muß W. für einen Nachbeter M. S. Mayers halten. Nur wer zu den Wenigen gehört, die auch Mayers

Schrift über die L C (besonders S. 120f.) gelesen haben, weiß, daß Mayers Vertrag etwas ganz anderes ist als der Vertrag, den W. im Auge hat.

Wenn S. 136 (in der Anm. unten) die Frage, ob die Formel den iudex in der zweiten oder dritten Person anredete, im Gegensatz zu W. für unerheblich erklärt wird, so habe ich mich schon früher (Z. 43, 574 [1]) in gleichem Sinne ausgesprochen. Wenn aber B. dem die Bemerkung hinzufügt: „Übrigens ist nach dem Ausweise jeder lateinischen Schulgrammatik condemnato Form sowohl der zweiten wie der dritten Person“, so muß der geneigte Leser annehmen, daß diese triviale Weisheit W. entgangen sei. Wozu würde sie sonst hervorgehoben? Gegen diesen Verdacht brauche ich W. wohl nicht zu verteidigen.

In allem Obigen bin ich weit entfernt, an der optima fides B.s irgendwie zu zweifeln; er war sich sicherlich der irreführenden Natur seiner Darstellung nirgends bewußt. Aber durch Beobachtung der im schriftstellerischen Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte diese Irreführung vermieden werden können.

Dieser ganze Abwehrartikel ist von mir mit innerem Widerstreben geschrieben worden, weil ich mir der Verdienste voll bewußt bin, die Beseler um unsere Forschung hat. Aber wären diese Verdienste auch zehnmal größer, ein Angriff wie der B.s gegen einen Gelehrten, der durch gründlichste Arbeit langer Jahrzehnte Anspruch darauf hat, mit Respekt behandelt zu werden, durfte nicht ohne Erwiderung bleiben. Niemand wird etwas dagegen haben, daß auf dem Isthmus zwischen Rechtswissenschaft und Philologie ein wachsamer Wegelagerer seßhaft ist, der Passanten, die Böses im Schilde führen, „zu martervollem Tode“ bringt (B. 4, 343). Aber wenn dieser juristisch-philologische Sinis sein Handwerk wahllos ohne genaues Ansehen der Person zu üben unternimmt, so wird er, fürchte ich, dem Schicksal seines antiken Vorbilds nicht entgehen.

III.

Das Ediktssystem in den Paulus-Sentenzen.

Von

Herrn Professor Dr. **Fritz Schulz**
in Bonn.

So vielfach die Ausgaben der Paulus-Sentenzen seit Cuiaz, vor allem aber die Ausgaben von Arndts[1]), P. Krüger[2]) und Seckel-Kübler[3]) unsre Einsicht in dieses eigentümliche Werk gefördert haben, so lassen sie doch der Forschung noch viel zu tun übrig. So ist insbesondere der systematische Aufbau des Buches noch keineswegs klargestellt. Freilich hat man längst erkannt, daß dem ersten und umfänglichsten Teil (bis Buch 5 Titel 10) das Ediktssystem zugrunde liegt[4]); wie aber dieses System im einzelnen durchgeführt worden ist, und wie die einzelnen Bruchstücke unsrer Überlieferung unter die einzelnen Titel und Rubriken des Edikts zu ordnen sind, ist, soviel ich sehe, bisher noch nicht dargelegt worden. Unsre Ausgaben gliedern die Sentenzen innerhalb der fünf Bücher in der Hauptsache nach den mit Rubriken versehenen Titeln, die die Überlieferung, namentlich der westgothische Auszug, bietet. Aber diese Rubriken können den die Disposition des Buches suchenden Leser nicht fördern, sondern nur verwirren. Die Rubriken fehlen oft dort, wo sie dringend nötig wären, fassen also nicht Zusammengehörendes unrichtig zusammen; mit-

---

[1]) Bonn 1833.

[2]) Collectio lib. jur. antejust. 2 (Berlin 1878).

[3]) In der 6. Aufl. von Huschkes Jurispr. antejust. 2, 1 (Leipzig 1911).

[4]) Cuiaz zu D. (7, 9) 10 (Neap. 1758 5, 593); Schulting, Jurispr. vetus antejust. (Leipzig 1737) S. 211 (Vorbem. zu Buch 1 der Ausg. der Sentenzen); Arndts S. XIII; Huschke bei Seckel-Kübler S. 5; P. Krüger S. 42; Girard, Textes de droit romain[4] S. 377 (Vorbem. zu der Ausg. der Sentenzen); Berger, Art. Julius Paulus in Pauly-Wissowa, Real-Enzyklop. 10, 732.

unter reißen sie andrerseits zusammengehörige Stücke auseinander; mitunter stehen sie ganz isoliert ohne Text, weil der flüchtige Epitomator zwar die Rubrik, aber nicht den dazu gehörenden Text aus seiner Vorlage übernommen hat.[1]) Seit Cuiaz bemühen sich die Herausgeber, diese Titeleinteilung zu verbessern; aber dazu, ganze Arbeit zu leisten, das Übel an der Wurzel zu fassen und den Stoff ohne Rücksicht auf die Titeleinteilung neu zu gruppieren, hat man sich noch nicht entschließen können. Auch in der Einordnung des nicht durch das Brevier überlieferten Sentenzenmaterials sind selbst unsere neuesten Ausgaben bisweilen noch zu konservativ; sie halten die Anordnung älterer Ausgaben wesentlich mit Rücksicht auf die Bequemlichkeit des Benutzers mitunter auch dann noch fest, wenn — nach Lenels Edictum — eine andere Ordnung wahrscheinlicher ist.[2]) So kann also das System des Sentenzenbuches nicht einfach aus unsern Ausgaben abgelesen, sondern muß aus ihnen erst herausgearbeitet werden.[3]) Diese Arbeit ist freilich, was den ediktalen Teil des Buches angeht, der hier allein behandelt werden soll, heute, auf der durch Lenels Edictum und Palingenesie geschaffenen Grundlage, nicht mehr schwierig; wertvolle Vorarbeit enthalten auch unsere Ausgaben. Aber schwierig oder nicht: diese Arbeit muß m. E. einmal gemacht werden. Um sie in möglichster Kürze zu erledigen, begnüge ich mich damit, in einer Tabelle den systematischen Aufbau des ersten, ediktalen Teils der Sentenzen darzulegen und die erforderliche Begründung in Anmerkungen zu geben. Auf die Ordnung der Fragmente

---

[1]) Das Gegenstück zu diesen Rubriken bieten die Rubriken der Epitome Ulpiani; siehe in meiner Ausgabe der Epitome Ulpiani (1926) das zu Rubr. 2, 7, 10, 13, 27 Bemerkte.

[2]) Vgl. P. Krüger S. 43; Seckel-Kübler S. 3.

[3]) Daß in diesem Punkte unsre Ausgaben unbefriedigend sind, hat zuletzt P. Krüger ausdrücklich betont: Selbstbiographie S. 8 (= Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen herausg. von H. Planitz 2 [1924] 160): 'Bei Pauli Sententiae ist mit Rücksicht auf Lenels Ordnung in seiner Palingenesia (II 1247 ff.) eine Umgestaltung der Reihenfolge der Titel nicht zu umgehen. An der Unbequemlichkeit, welche dadurch für die Benutzer entsteht, kann gegenüber den letzthin erhobenen Klagen der Fortschritt der Wissenschaft nicht scheitern.'

innerhalb der kleinsten Abschnitte meiner Tabelle ist hier nicht eingegangen; ebensowenig auf die Frage der Klassizität des Sentenzenwerks im ganzen und einzelnen. Die Tabelle beginnt mit dem Anfang des Breviar-Auszugs; zu welchen Ediktstiteln und Rubriken die Digestenstellen gehören, die unsere Ausgaben diesem Anfang des westgothischen Auszugs vorausgehen lassen (Sent. 1, 1 A, 1—30), läßt sich nicht genau ermitteln; sie bleiben daher hier ganz beiseite. Lenels Edictum perpetuum ist nach der 2. Auflage (1907) und nur mit dem Namen des Verfassers zitiert; die Palingenesie nach Lenels Fragmentennummern, die Sentenzen selbst nach den Ausgaben von P. Krüger und Seckel-Kübler.

Tit. IV. De pactis et conventionibus (Lenel S. 64).
Sent. (1, 1) 1—7.

Tit. V. De in ius vocando (Lenel S. 65).
Rubr.: In ius vocati uti eant aut vindicem dent (Lenel S. 65).
Sent. (1, 1 B) 1—2.[1])

Tit. VI. De postulando (Lenel S. 75).
Rubr.: Qui nisi pro certis personis ne postulent (Lenel S. 76).
Sent. (1, 1 C) 1.[2])

Tit. VIII. De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus (Lenel S. 85).
Rubr.: Qui ne dentur cognitores (Lenel S. 90).
Sent. (1, 2) 1—3.[3])

---

[1]) Die Stellen gehören zu der Klausel: 'Parentem patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet' (Lenel S. 68). Zu § 1 siehe Paulus Nr. 131, Ulpian Nr. 260.

[2]) Diese uns nur durch den Bericht des Thalelaeus überlieferte Sentenz, die dem advocatus fisci das agere pro aliis gegen den Fiskus verbietet (vgl. dazu Fr. de iure fisci §§ 16, 17 und das dazu in der Ausgabe von Seckel-Kübler, Jurispr. antejust. 2, 1 S. 181 angeführte Material), gehört höchstwahrscheinlich zu der oben angegebenen Rubrik, nämlich zu der Generalklausel, die die „auf Gesetz oder gesetzesgleicher Vorschrift beruhenden Postulationsverbote einschärfte".

[3]) In § 3 scheint 'procuratorve' Interpolation zu sein.

Rubr.: De cognitore abdicando vel mutando (Lenel S. 93).
Anhang: Über die actio iudicati bei Verwendung eines cognitor.
Sent. (1, 2) 4 und (1, 3) 9.[1])
Rubr.: Quibus alieno nomine agere liceat (Lenel S. 94).
Praefatio: Über Prokuratur im allgemeinen.[2])
Sent. (1, 3) 1—2 und 10 (?).[3])
Rubr.: De defendendo eo cuius nomine quis aget, et de satisdando (Lenel S. 97).
Sent. (1, 3) 3—8.
Rubr.: De negotiis gestis (Lenel S. 100).
Sent. (1, 4) 1—10.

Tit. IX. De calumniatoribus (Lenel S. 104).
Sent. (1, 5) 1.
Anhang: 1. De fugitivis: Sent. (1, 6A) 1—7.[4])
2. Über kriminelle calumnia und

---

[1]) Ein solcher Anhang über die actio iudicati findet sich zu dieser Rubrik auch bei Ulpian Nr. 318, 319; vgl. dazu Lenel, Paling. 2, 450 N. 8. — Sent. (1, 3) 9 steht in unsern Ausgaben sicher an der falschen Stelle, da hier 'procurator' sicher Interpolation für 'cognitor' ist; vgl. Eisele, Cognitur und Procuratur 71, Seckel-Kübler zu der Stelle.

[2]) Eine derartige Praefatio findet sich auch in den Ediktskommentaren; vgl. Lenel, Ulpian Nr. 320—322 und Lenel, Edictum S. 87.

[3]) Ob § 10 hierher gehört, ist unsicher, er könnte auch zu der Rubrik Lenel § 30 gehören; wohin die entsprechende Erörterung Ulpian Nr. 329 gehört, ist ebenso unsicher: Lenel, Edictum S. 96 N. 5.

[4]) P. Krüger und Seckel-Kübler glauben, daß der Titel de fugitivis, der im Breviar fehlt, hier an der falschen Stelle stehe; in der Tat steht der Titel im Edikt nicht hier: vgl. Lenel S. 54. Aber die Rubrik und sicher die §§ 1—2, 5—7 hat Cuiacius im Vesontinus hier gelesen, und wie sollen sie hierher gelangt sein, wenn sie in dem vollständigen Sentenzenbuch an einer andern Stelle standen? Wie sollte der Mann, der das Breviar aus den vollständigen Sentenzen in dieser Weise vervollständigte, darauf verfallen, seine Ergänzung gerade hier einzutragen? Unsere Tabelle zeigt, daß der Sentenzenverfasser mitunter von der Folgeordnung des Edikts abwich und Rubriken, die im Edikt nicht zusammenstanden, seiner Ansicht nach aber zusammengehörten, kombinierte. Vielleicht faßte unser Verfasser den verbotswidrigen Verkauf eines servus fugitivus (vgl. Mommsen, Strafrecht 781) als einen Fall der calumnia, als ein negotium, quod quis per fraudem alicui comparat (vgl. § 1).

tergiversatio: Sent. (1, 6 B) 1a bis 4.[1])

Tit. X. De in integrum restitutionibus (Lenel S. 108).

Praefatio: Allgemeines.
Sent. (1, 7) 1—3.

Rubr.: Quod metus causa gestum erit (Lenel S. 108).
Sent. (1, 7) 4—10.[2])

Rubr.: De dolo malo (Lenel S. 111).
Sent. (1, 8) 1—2.

Rubr.: De minoribus viginti quinque annis (Lenel S. 112).
Sent. (1, 9) 1—8.

Rubr.: Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur (Lenel S. 116).
Sent. (1, 9 A) 1.[3])

Rubr.: De lite restituenda (Lenel S. 119).
Sent. (1, 10) 1.[4])

Tit. XII. De satisdando (Lenel S. 130).
Sent. (1, 11) 1—2.

Tit. XIII. Quibus causis praeiudicium fieri non oportet (Lenel S. 136).
Sent. (1, 12) 9.[5])

Tit. XIV. De iudiciis (Lenel S. 140).
Praefatio: Allgemeines über iudicium. Sent. (1, 12) 1—8 und 10; (1, 13 A) 1a—1h.[6])

---

[1]) Daß unser Verfasser nach der kriminellen calumnia (Mommsen, Strafrecht 491) auch das andre Anklägerdelikt, die tergiversatio, das Fallenlassen (desistere) der einmal erhobenen Anklage (Mommsen S. 498) besprach, ist verständlich; sprach ja doch auch das Edikt im Titel de calumniatoribus vom 'desistere', wenn uns die Klausel auch nicht erhalten ist: Lenel S. 105f.

[2]) So auch Huschke, P. Krüger, Seckel-Kübler.

[3]) Vgl. Arndts zu der Stelle.

[4]) Vgl. Lenel, Edictum S. 120 N. 4.

[5]) Diese Sentenz steht in unsern Ausgaben wohl sicher an der falschen Stelle.

[6]) Auch die klassischen Ediktssysteme enthalten allgemeine Eineitungen zum Titel de iudiciis, in denen allgemein über iurisdictiol, iudex, iudicium gehandelt wird: Lenel, Edictum S. 140 N. 3. Zu der

Rubr.: De noxalibus actionibus (Lenel S. 154).
Sent. (1, 13 A) 2—3.[1])

Tit. XV. De his quae cuiusque in bonis sunt (Lenel S. 164).

Rubr.: De Publiciana in rem actione (Lenel S. 164).
Sent. (1, 13 A) 4.[2])

Rubr.: De servo corrupto (Lenel S. 169).
Sent. (1, 13 A) 5—6.

Rubr.: Si hereditas petatur (Lenel S. 171).
Sent. (1, 13 B) 1—4; 6; 8—9.[3])

Rubr.: Si pars hereditatis petatur (Lenel S. 175).
Sent. (1, 13 B) 5.

Rubr.: De modo agri (Lenel S. 189).
Sent. (1, 14) 1a—1.[4])

Rubr.: Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur und de pastu pecoris (Lenel S. 190, 193).
Sent. (1, 15) 1.

Anhang: Über das Aedilenedikt de feris (Lenel S. 540).
Sent. (1, 15) 2—4.

Rubrik de iudicato und den Sentenzen (1, 13 A) 1d—1f siehe die Erörterungen de proferenda sententia bei Celsus Nr. 23, Julian Nr. 74, 75, Marcellus Nr. 21, Paulus Nr. 265—268. Zu (1, 13 A) 1b (Akten) siehe Hermogenian Nr. 28; zu Sent (1, 13 A) 1 (Tod des Beklagten) Paulus 1463; zu (1, 12) 1, 3, 6 Paulus Nr. 1460, 1461. In einer solchen Einleitung konnte auch von der „peinlichen Frage" gesprochen werden, namentlich wo die erste Rubrik des Titels 'de interrogationibus in iure faciendis' lautete.

[1]) § 3 erklärt sich daraus, daß im Edikt de albo corrupto eine Noxalklage verheißen war: Lenel S. 57.

[2]) § 4 ist geschrieben im Anschluß an den Fall, daß die res mancipi zwar tradiert, aber nicht manzipiert worden ist.

[3]) § 7 gehört sicher nicht hierher, wie das Zitat der Consultatio zeigt; so schon Krüger zu der Stelle. Wohin die Sentenz gehört, läßt sich nicht genau sagen; vielleicht zu den allgemeinen Bemerkungen zum Titel de iudiciis.

[4]) Die Zugehörigkeit dieser Stellen zu der angegebenen Rubrik ist nicht sicher; vgl. aber Paulus Nr. 356, wo der Jurist bei dieser Rubrik auf die via publica zu sprechen kommt. Möglicherweise aber gehören die Stellen doch zu der vorangehenden Ediktsrubrik si servitus vindicetur (Lenel S. 186).

Rubr.: Finium regundorum (Lenel S. 200, 205).
Sent. (1, 16) 1; (1, 17) 1—3.[1])

Rubr.: Familiae erciscundae (Lenel S. 200, 201).
Sent. (1, 18) 1—4.

Rubr.: Communi dividundo (Lenel S. 200, 203).
Sent. (1, 18) 5.

Rubr.: De fideiussore et sponsore (Lenel 207).
a) ad legem Publiliam (Lenel S. 211): Sent. (1, 19) 1—2;
b) ad epistulam divi Hadriani (Lenel S. 211): Sent. (1, 20) 1.

Rubr.: Si mensor falsum modum dixerit (Lenel S. 212).
Sent. (1, 20 A) 1.

Tit. XVI. De religiosis et sumptibus funerum (Lenel S. 220).

Rubr.: De sepulchro violato (Lenel S. 222).
Sent. (1, 21) 1—9; 12.[2])

Rubr.: De sumptibus funerum (Lenel S. 223).
Sent. (1, 21) 10—11; 13—16.

Tit. XVII. De rebus creditis (Lenel S. 225).

Rubr.: Si certum petatur (Lenel S. 225).
Sent. (2, 1) 1a—4; 5 (?).[3])

Rubr.: De pecunia constituta (Lenel S. 240).
Sent. (2, 2) 1—3; (2, 3) 1.[4])

---

[1]) Die drei Teilungsklagen werden in der klassischen, nicht in der nachklassischen Reihenfolge behandelt; vgl. Lenel S. 200 und meine Ausgabe der Epitome Ulpiani zu 19, 16 S. 44. — Zu Sent. (1, 16) 1 siehe Paulus Nr. 377 §4. — Zu dieser Rubrik müssen auch die das Servitutenrecht betreffenden Fragmente Sent. (1, 17) 1—3 gehören; Anknüpfungspunkt war vielleicht der Satz, daß bei Grenzstreitigkeiten die Berufung auf die Ersitzung ausgeschlossen ist: Windscheid, Pand. 1 § 182 N. 15.

[2]) Zu § 1—3 siehe Ulpian Nr. 741 § 4, 5. — §§ 10, 11 standen im Vesontinus an dieser Stelle (Cuiaz, Obs. 21, 13), müssen aber dort falsch in den Breviartext eingerückt worden sein, denn § 12 gehört noch zur Rubr. de sepulchro violato.

[3]) Ob § 5 hierher gehört, ist unsicher. Lenel, Edictum S. 230 N. 4 will ihn hierher stellen, er könnte aber auch zu der folgenden Rubr. über das Konstitut gehören: vgl. Ulpian Nr. 794, 795.

[4]) Was Sent. (2, 3) 1 unter der Überschrift 'de contractibus' über Stipulationen und insbesondere bedingte Stipulationen steht, ist ent-

Rubr.: Commodati vel contra (Lenel S. 245).
Sent. (2, 4) 1—4.

Rubr.: De pigneraticia actione vel contra (Lenel S. 246).
Sent. (2, 5) 1—2.

Rubr.: De compensationibus (Lenel S. 248).
Sent. (2, 5) 3.

Tit. XVIII. Quod cum magistro navis, institore eove, qui in aliena potestate est, negotium gestum erit (Lenel S. 248).

Rubr.: De exercitoria actione (Lenel S. 248).
Sent. (2, 6) 1.
Anhang: Lex Rhodia de iactu: Sent. (2,7) 1—5.[1]).

Rubr.: De institoria actione (Lenel S. 250).
Sent. (2, 8) 1—3.

Rubr.: Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur (Lenel S. 265).
Sent. (2, 9) 1—2.
Anhang: S. C. Macedonianum: Sent. (2, 10) 1.[2])

Rubr.: Ad Senatus consultum Vellaeanum (Lenel S. 278).
Sent. (2, 11) 1—4.

Tit. XIX. De bonae fidei iudiciis (Lenel S. 279).

Rubr.: Depositi vel contra (Lenel S. 279).
Sent. (2, 12) 1—6; 7—12.[3])

---

weder wegen der sponsio und restipulatio dimidiae partis geschrieben, die hier im Edikt verheißen war (Lenel S. 242), oder mit Rücksicht auf die Erörterung des Konstituts einer bedingten Stipulationsschuld: vgl. Paulus Nr. 442.

[1]) Dieses System, die lex Rhodia bei der actio exercitoria zu behandeln, läßt sich sonst bei den Klassikern nicht nachweisen, kehrt aber bekanntlich in den Digesten (14, 1 und 2) wieder; vgl. Kreller, Z. f. d. gesamte Handels- u. Konkursrecht 85, 273.

[2]) Das S. C. Macedonianum wurde auch in den klassischen Ediktssystemen hier behandelt; vgl. Lenel S. 265.

[3]) Wohin die in unsern Ausgaben als § 6a aufgeführte Sentenz gehört, ist ganz ungewiß: Lenel, S.-Z. 38, 288.

Rubr.: Fiduciae vel contra (Lenel S. 282).
Sent. (2, 13) 1—9.[1])
Anhang: de usuris: Sent. (2, 14) 1—7.

Rubr.: Mandati vel contra (Lenel S. 286).
Sent. (2, 15) 1—3.

Rubr.: Pro socio (Lenel S. 287).
Sent. (2, 16) 1.

Rubr.: Empti venditi (Lenel S. 289).
Sent. (2, 17) 1—16.

Rubr.: Locati conducti (Lenel S. 290).
Sent. (2, 18) 1—5.

Tit. XX. De re uxoria (Lenel S. 293).
Sent. (2, 19)—(2, 23 A).[2])

Tit. XXI. De liberis et de ventre (Lenel S. 301).

Rubr.: De agnoscendis liberis und de inspiciendo ventre custodiendoque partu (Lenel S. 301 und 302).
Sent. (2, 24) 1—10.[3])

---

[1]) So auch Lenel S. 282, Seckel-Kübler zu den Stellen. Daß hier in den vollständigen Paulussentenzen auch die lex commissoria behandelt war (vgl. Ulpian Nr. 905), zeigt die Breviar-Rubrik (XIII) de lege commissoria, die der Verfasser des Auszugs übernommen hat, ohne dazugehörige Texte aufzunehmen. (Unrichtig Örtmann, Fiducia 203.)

[2]) Im Anschluß an den Ediktstitel de re uxoria wird eine Darstellung gegeben des Rechts der Ehebegründung, der außerehelichen Geschlechtsverbindungen, des Dotalrechts sowie des Rechts der Schenkungen unter Ehegatten. Eine Ordnung nach den Ediktsrubriken ist nicht erkennbar; systematische Vorbilder boten die Ediktssysteme des Julian und Paulus: Lenel S. 293 N. 2 und 4.

[3]) Die beiden angegebenen Ediktsrubriken waren in der Darstellung der Sentenzen offenbar zusammengefaßt. Denn § 5, 6 gehört zum S. C. Plancianum und also zur Rubrik de agnoscendis liberis (Ulpian Nr. 981); § 7, 8 gehören zum Reskript der divi fratres, das Ulpian D. (25, 4) 1 pr. berichtet (nur ist im § 8 die klassische Dreizahl der Hebammen durch die Fünfzahl des Edikts de inspiciendo ventre D. 25, 4, 1, 10 ersetzt), und also zur Rubrik de inspiciendo ventre (vgl. Ulpian Nr. 983); § 9 aber gehört wieder zum Plancianum: D. (24, 3) 1 pr., vgl. Glück 28, 106 § 1287 d.

Anhang: 1. patria potestas: Sent. (2, 24 A) 1 Adoption; (2, 25) 1—5 Untergang der potestas.[1])

2. Über Ehebruch: Sent. (2, 26) 1 bis 17.[2])

Tit. XXII. De tutelis (Lenel S. 304).
Sent. (2, 27)—(2, 30 A).[3])

Tit. XXIII. De furtis (Lenel S. 312).
Sent. (2, 31) 1—37.[4])

Tit. XXIV. De iure patronatus (Lenel S. 327).
Rubr.: De operibus libertorum (Lenel S. 327).
Sent. (2, 32) 1.

Tit. XXV. De bonorum possessionibus.
Praefatio: Sent. (3, 1 A) 1—2.[5])
Rubr.: Edictum Carbonianum (Lenel S. 336).
Sent. (3, 1) 1.
Rubr.: De bonis libertorum (Lenel S. 337).
Sent. (3, 2).
Rubr.: Si quid in fraudem patroni factum sit (Lenel S. 339).
Sent. (3, 3).

Tit. XXVI. De testamentis (Lenel S. 348).[6])
1. Testamentserrichtung, Erbeinsetzung: Sent. (3, 4 A) —(3, 4 B) 1—10a.[7])

---

[1]) Fragen des Kinderrechts bei der Ediktsrubrik de liberis zu behandeln, lag begreiflicherweise nahe.

[2]) Anknüpfungspunkt war wohl das dem Vater der Ehebrecherin nach der lex Julia zustehende Tötungsrecht; vgl. § 1.

[3]) Die Sentenzen enthielten offenbar eine systematische Darstellung des Vormundschaftsrechts ohne Anknüpfung an die Rubriken dieses Ediktstitels; Vorbild waren die Ediktssysteme des Julian, Gaius und Paulus: Lenel S. 304.

[4]) Auch hier ist eine Ordnung des Stoffes nach dem Edikt nicht erkennbar.

[5]) Über derartige Einleitungen in den klassischen Ediktssystemen siehe Lenel S. 330. Zu unsern Sentenzen vgl. Ulpian Nr. 1090.

[6]) Dieser Titel hat den Sentenzenverfasser zu einer freien Darstellung des Erbrechts angeregt, die nicht mehr der Ediktsordnung folgt.

[7]) Entsprechende Erörterungen finden sich hier auch in den Ediktssystemen des Julian und Gaius; vgl. Lenel S. 349.

2. Erbschaftserwerb: Sent. (3, 4 B) 11—14. Im Anschluß daran Rubr.: Quorum testamenta ne aperiantur (Lenel S. 352): Sent. (3, 5) 1—12[1]) und Indignität: Sent. (3, 5) 12a—13.[2])
3. Prätorisches Testament: Sent. (3, 5) 14—18 und (wahrscheinlich) Kodizille: Sent. (3, 5 A).
4. De legatis (Tit. XXVII Lenel S. 353): Sent. (3, 6) —(3, 8). De fideicommissis: Sent. (4,1)— (4, 4).[3]) Anhang dazu: De inofficiosi querella: Sent. (4, 5).[4])
5. Testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur (Lenel S. 350) und Rubr.: De tabulis exhibendis (Lenel S. 439): Sent. (4, 6) und (4, 7).[5])
6. Intestaterbfolge: Sent. (4, 8)—(4, 11).

Tit. XXXI. De liberali causa (Lenel S. 365).
Praefatio: Über Freilassung.
Sent. (4, 12)—(4, 14 A).[6])

Rubr.: Si ingenuus esse dicetur (Lenel S. 329).
Sent. (5, 1) 1—3; 6—9.[7])

Rubr.: Si ex servitute in libertatem petatur (Lenel S. 366).
Sent. (5, 1) 4—5.

Tit. XXXII. De publicanis (Lenel S. 374).
Sent. (5, 1 A).[8])

---

[1]) Anknüpfung: siehe § 1.

[2]) Anknüpfend an das S. C. Silanianum: siehe § 12a.

[3]) Auch die klassischen Ediktssysteme knüpfen an den Ediktstitel de legatis eine ausführliche freie Darstellung des ganzen Vermächtnisrechts; vgl. Lenel, Edictum S. 354.

[4]) Die Behandlung der Querell im Vermächtnisrecht ist singulär; vgl. Lenel S. 137, 138. Die Falcidische Quart regte unsern Verfasser an, über die Pflichtteilsquart zu sprechen. Dernburg, Pand. 3, § 147[7].

[5]) Der Wortlaut des Edikts de tabulis exhibendis gab Anlaß, von der lex Cornelia testamentaria zu sprechen; vgl. Ulpian Nr. 1478.

[6]) Eine solche Praefatio auch im Ediktskommentar des Paulus und in den Digesten Julians: Lenel, Edictum S. 365.

[7]) Unser Verfasser hat die Rubr. 'si ingenuus' aus dem Patronatstitel herausgenommen und hier bei den Freiheitsprozessen untergebracht. Die §§ 6—9 (durch die Digesten überliefert) sind vor § 4 einzurücken.

[8]) Eine Ordnung des Stoffes nach der Reihenfolge der Rubriken dieses Titels ist nicht erkennbar.

Tit. XXXIII. **De praediatoribus** (Lenel S. 376).
Anhang: De possessione et usucapione.[1])
Sent. (5, 2).

Tit. XXXIV. **De vi turba incendio ruina naufragio rate nave expugnata** (Lenel S. 377).
Sent. (5, 3).

Tit. XXXV. **De iniuriis** (Lenel S. 384).
Sent. (5, 4).[2])

Tit. XXXVI. **De re iudicata** und

Tit. XXXVIa. **De confessis et indefensis** (Lenel S. 389 und 394).
Sent. (5, 5 A).

Tit. XXXVIII. **Quibus ex causis in possessionem eatur** (Lenel S. 397).
Rubr.: Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur (Lenel S. 399).
Sent. (5, 5 B) 1.[3])
Rubr.: Qui absens iudicio defensus non fuerit (Lenel S. 400).
Sent. (5, 5 B) 2.[4])

Tit. XLIII. **De Interdictis** (Lenel S. 430).
Praefatio: Arten der Interdikte: Sent. (5, 6) 1.[5])

---

[1]) Dieser Anhang findet sich auch in Julians Digesten und in den Ediktskommentaren des Gaius und Paulus: Lenel, Edictum S. 377 und 24f.

[2]) Ordnung nach den Ediktsrubriken nicht erkennbar.

[3]) So auch Lenel S. 399 N. 8.

[4]) So auch Lenel S. 400 N. 10.

[5]) Solche Einleitungen auch bei Ulpian Nr. 1459 und Paulus Nr. 745. Dem Verfasser des westgothischen Auszugs genügte die Erwähnung der Interdikte uti possidetis und utrubi in dieser Einleitung, und er nahm daher von den Texten, die bei der nun folgenden Erörterung der einzelnen Interdikte dem uti possidetis und utrubi gewidmet waren, nichts auf. Wenn unsre Handschriften vor § 3 eine Rubrik de interdicto utrubi einschalten (in manchen Handschriften übrigens utrum vi), so darf man daraus nicht etwa schließen, daß in den vollständigen Sentenzen hier das utrubi behandelt war (ein Schluß, der bei Sent. 2, 13, 6 und 5, 10 allerdings erlaubt ist). Die Darstellung der Sentenzen folgt hier, wie die Tabelle zeigt, genau der Folgeordnung des Edikts, und das Interdictum utrubi stand im Edikt nicht an dieser Stelle (vgl. Lenel S. 468).

Rubr.: Ne quid in loco sacro religioso sancto fiat (Lenel S. 440).
Sent. (5, 6) 1a.[1])

Rubr.: Ne quid in loco publico vel itinere fiat (Lenel S. 442).
Sent. (5, 6) 1b.[2])

Rubr.: Ut via publica itinereve publico ire agere liceat (Lenel S. 443).
Sent. (5, 6) 2.

Rubr.: Unde vi (Lenel S. 445).
1. De vi (non armata): Sent. (5, 6) 3—8.

Rubr.: Si uti frui prohibitus esse dicetur (Lenel S. 452).
Sent. (5, 6) 8a—8b.[3])

Rubr.: De aqua cottidiana et aestiva (Lenel S. 461).
Sent. (5, 6) 9.[4])

Rubr.: A quo servitus petetur sive ad eum pertinere negabitur, si rem nolit defendere (Lenel S. 463).
Sent. (5, 6) 8c—8f.[5])

Rubr.: De precario (Lenel S. 466).
Sent. (5, 6) 10—12.

Rubr.: De arboribus caedendis (Lenel S. 467).
Sent. (5, 6) 13.[6])

Rubr.: De homine libero exhibendo (Lenel S. 467).
Sent. (5, 6) 14.[7])

Rubr.: De liberis exhibendis item ducendis und De liberto exhibendo (Lenel S. 468).
Sent. (5, 6) 15—16.[8])

Diese Rubrik 'de interdicto utrubi' muß ursprünglich 'de interdicto unde vi' gelautet haben.

[1]) Vgl. Lenel S. 441. Die §§ 1a und 1b stehen in unsern Ausgaben an der falschen Stelle; sie gehören hinter § 1. Da es sich um Digestenstellen handelt, so haben wir für die Einordnung Freiheit.

[2]) Vgl. Lenel S. 442 N. 8. [3]) Vgl. Lenel S. 452 N. 9.

[4]) Vgl. Ulpian Nr. 1571 § 26.

[5]) Auch diese Stücke (Digestenstellen) stehen in unsern Ausgaben nicht an der rechten Stelle.

[6]) Vgl. Lenel S. 467 N. 7. [7]) Vgl. Lenel S. 467 N. 12.

[8]) Vgl. Lenel S. 468 N. 6.

Tit. XLV. De stipulationibus praetoriis (Lenel S. 493).

Praefatio: Allgemeines über Stipulationen: Sent. (5, 7)—(5, 8).[1]

Rubr.: Pro praede litis et vindiciarum (Lenel S. 496).

Sent. (5, 9) 1—2.[2]

Rubr.: Iudicatum solvi (Lenel S. 509).

Sent. (5, 9) 3.

Rubr.: De conferendis bonis et dotibus (Lenel S. 511).

Sent. (5, 9) 4.[3]

Rubr.: De auctoritate (Lenel S. 517).

Sent. (5, 10) Rubr.[4]

Rubr.: De damno infecto (Lenel S. 526).

Sent. (5, 10) 1—2.[5][6]

---

[1]) Auch im Ediktskommentar des Paulus wird hier einleitungsweise die ganze Stipulationslehre vorgetragen: Lenel, Edictum S. 494.

[2]) Vgl. Lenel S. 500, 501 N. 2, 503ff.

[3]) Vgl. Lenel S. 511 N. 6.

[4]) Text zu dieser Rubrik hat der Verfasser des Auszugs nicht aufgenommen; vgl. Seckel-Kübler zu der Stelle.

[5]) So auch Seckel-Kübler.

[6]) Mit dem folgenden Titel 11 de donationibus beginnt der zweite Teil der Sentenzen. In den klassischen Digestensystemen beginnt der zweite Teil zwar mit einem Abschnitt de legitimis heredibus, dem dann erst der Abschnitt de donationibus ad legem Cinciam folgte (P. Krüger, S.-Z. 7, 2. Heft, S. 103; Lenel, Paling. 2, 1255; H. Krüger S.-Z. 37, 313), aber über die gesetzliche Erbfolge hatte unser Verfasser schon bei Gelegenheit des Titels de testamentis gehandelt (4, 8—4, 11, 4, 11).

IV.

Romanistische Studien.

Von

Herrn **Gerhard Beseler**
in Kiel.

Zusammenfall in einer Person von Hauptschuld und Bürgschaftsschuld.

Die Bürgschaftsschuld erlischt, weil niemand sein eigener Bürge sein kann. Das Dogma, daß die stärkere obligatio weiterlebt, ist byzantinisch.

(42. 6) 3[p] Pap 27 quaest. — [, quae maior fuit,] —. — Maior fuit ist falsch. — Vielleicht ist neque rell unecht.

(45. 2) 13 Ven 3 stip. [—.] — Altero statt alteri. — Quidem — vero. — Esse possit statt est. — Die Stelle ist ein byzantinischer Auszug aus (46. 1) 5 Ulp 46 Sab, wozu unten. Zu bescheiden Z 1925 484.

(46. 1) 5 (19. 1) 10 Ulp 46 Sab. [Generaliter] Iulianus ait eum, qui heres exstitit ei, pro quo ⟨adpromiserat⟩ [intervenerat], liberari ex causa accessionis et solummodo quasi heredem rei teneri [—]: reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. [—] item si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, ⟨ex duabus eum causis reum promittendi obligatum habiturum⟩ [—]. plane si ex altera earum egerit, utramque ⟨eum consumturum⟩ [—]. Non ⟨idem esse, si⟩ [—] is qui ⟨aliquem⟩ [venditorem] obligatum habebat ei qui eundem ⟨ex alia causa de eadem re⟩ [venditorem] obligatum habebat heres exstiterit ⟨. nam⟩ [—] duas ⟨quidem⟩ esse actiones [—], propriam et hereditariam, ⟨sed alteram per alteram non consumi.⟩ [et] debere ⟨autem⟩ heredem institutum, si velit separatim ⟨utraque⟩ [—] uti, ante aditam hereditatem ⟨reum ut⟩ proprium ⟨debitorem⟩ [venditorem] convenire, deinde adita hereditate ⟨ut⟩ hereditarium: quod si prius adierit hereditatem, ⟨exceptionem rei residuae locum habituram⟩ (siehe Levy) [—].

Zuletzt zu den beiden Stellen Levy Konkurrenz I 1918 456sqq. — Generaliter ist immer verdächtig. — Intervenerat ist zu weit. — Denique — liberari ist überflüssig. — Exstiterit nach scripsit. — Quasi reum statt quasi heredem

rei. — Quam peremat statt alteram peremat. — Rei obligatio plenior est ist falsch. — Ubi statt si. — Cum sint statt cum sunt oder si sint. — Eiusdem potestatis paßt nicht: auch obligatio rei und obligatio fideiussoris sind eiusdem potestatis. — Consumeretur statt consumatur. — Refert — sustinet ist kraus und wiederholt. — Species = Fall. — Ostendere. — Non est novum ist wahrscheinlich überall unklassisch. — Obligationem sustinere ist ungewöhnlich. — Duas species obligationis ist unverständlich. — Videlicet ist stets verdächtig. — Natura! — Falsche Verbalformen hinter quia. — Siehe auch Levy, der aber zu wenig streicht.

(46. 1) 14 Iul 47 dig. ⟨Si reus promittendi fideiussoris bona emerit, creditor Serviana formula, qua ficto bonorum emptore herede agitur, uti non potest, nam⟩ Cum reus promittendi fideiussori suo ⟨re vera⟩ heres exstitit, obligatio fideiussoria peremitur. quid ergo est? ⟨aut Rutiliana formula experiendum est aut⟩ tamquam a reo debitum pet(e)[a]tur et, si (ea) exceptione [—] usus fuerit, ⟨quae adpromissoribus denegari solet,⟩ in factum replicatio dari debebit [—].

Zur Sache L Pal. Dort streiche man in Note 5 das Wort defuncti.

(46. 1) 21 [1] Afr 7 quaest. ⟨Fieri potest, ut adpromissor⟩ [—] duabus — ⟨quis sponsor⟩ acceptus — utraque ⟨sponsione obligatus erit. sed⟩ [obligatur,] —. — Die Redensart non est novum ist hier sinnlos. — Non est novum, ut ist kein Latein. — Hinter utraque fehlt etwas: offenbar haben die Kompilatoren das Wort sponsione gestrichen. — Zum ersten Falle: Novation tritt nicht ein, weil der Wortlaut der zweiten Stipulation nicht auf den Inhalt der ersten Bezug nimmt (quod mihi sub die debes, id mihi nunc dare spondes? spondeo). Der Satz qui bis idem eidem promittit — (Z 1922 426sqq) findet wegen der diei detractio keine Anwendung.

(46. 1) 21 [2] Afr 7 quaest. Servo tuo pecuniam credidi: eum tu manumisisti: deinde eundem fideiussorem accepi. ⟨nisi actionis nomine fideiusserit⟩ [—], quae adversus te intra annum sit, ⟨non⟩ obligari eum ait ⟨, quoniam nemo⟩ [—] pro se fideiubendo obligetur. quod si [hic] servus manumissus fideiussori suo heres existat, ⟨peremta civili obligatione⟩ [—] naturalem obligationem mansuram, ⟨quoniam⟩ [—], cum reus fideiussori heres existat, ⟨manente principali obligatione⟩ fideiussoria obligatio tollatur ⟨. idem dicendum esse,⟩ [—] si fideiussor

servo manumisso heres exstiterit, ⟨quoniam⟩ [—] et naturaliter teneatur nec pro se quis fideiubere ⟨aut fideiussor esse⟩ possit.

Vgl Siber Naturalis obligatio 1925 13. — Si quidem — sin vero. — In obligationem fideiubere. — Obligatio adversus aliquem est. Vgl Albertario La cosidetta honoraria obligatio estr Rend Ist Lomb 1926 13. — Potius, ut. — Intellegi, ut. — Hic = ὁ ist im Lateinischen überflüssig. Ein Byzantiner hat das Wort zugesetzt um klarzustellen, daß es sich um denselben servus manumissus handelt, den nämlich, von dem im Eingang gesagt ist, daß er als Sklave ein Darlehen empfangen hat. — Causam fideiussionis statt obligationem fideiussoris. — Putavit paßt nicht zu den Präsentien. — Si obligatio civilis pereat: Wodurch? Durch Prozeßkonsumtion? Dann bliebe doch hinter der civilis obligatio fideiussoris eine naturalis obligatio nach, die neben der anderen eine zweite wäre und auch ohne jener Dasein die repetitio soluti ausschlösse. — Reus statt reus, qui civiliter obligatus est. — Obligatio cum aliquo est. — Potest statt possit. — Retro quoque.

(46. 1) 21 [4] Afr 7 quaest. [—] eum, qui pro te ⟨spopondit, cum et tu et Titius eiusdem pecuniae rei essetis⟩ [—], posse et pro Titio ⟨spondere⟩ [—], quamvis eandem pecuniam eidem debiturus sit: nec [tamen] inanem eam ⟨sponsionem⟩ [—] futuram: ⟨nam si tibi⟩ [—] heres existat ⟨,⟩ [—] confusa prima obligatione posteriorem duraturam.

Hinter eam ergänzt Mo fideiussionem. Natürlich hatte sponsionem dagestanden. Es ist schon an sich wahrscheinlich, daß Julian die ältere sponsio statt der jüngeren fideiussio als sein Demonstrationsobjekt wählte. Durch die Lücke wird es sicher. — Tunc enim. — Die sachlich unwesentliche Umstellung im Eingange macht das Tempus von essetis richtig. Respondit muß wegen sit und existat fallen. Nach Einlassung des in direkter Rede sprechenden unechten § 3 empfand der Kompilator die Notwendigkeit, der indirekten Rede des § 4 ein verbum regens zu geben.

(46. 3) 38 [5] Afr 7 quaest. Zum ersten Falle: Natürlich: ea pecunia, quae debita fuit, neque soluta neque eo nomine satisfactum est.

(46. 3) 93 Scae sing quaest publ tract: Z 1924 360. Zu § 3: Proculus hat den sabinianischen Satz wahrschein-

lich in Wirklichkeit nicht distinguendo sondern überhaupt geleugnet.

(46. 3) 95 [3] Pap 28 quaest. Daß diese Stelle stark überarbeitet ist, liegt auf der Hand. Rekonstruktionsversuch: Quod volgo iactatur sponsorem, qui debitori heres extitit, ex causa sponsionis liberari, totiens verum est, quotiens manet principalis obligatio: nam si sponsor hominem a debitore promissum occiderit, quamvis debitori heres extiterit, non liberabitur. non idem dicendum est, si debitor iuris praetorii habuit defensionem: nam si quis minori viginti quinque annis pecuniam credidit eamque ab eo stipulatus est isque nummos acceptos perdidit et intra annum decessit, auxilium in integrum restitutionis sponsori, qui adulescenti heres extitit, salvum est. Zu nam si sponsor — liberabitur siehe Z 1925 199, 237. Riccobono Mél Cornil 1926 309 [1] verkennt, daß aus Gai 3 [126] nicht folgt, daß die sponsio in unserem Sinne akzessorisch ist, wie es die fideiussio wirklich ist, sondern nur, daß eine sponsio, durch die mehr versprochen wird als der Hauptschuldner versprochen hat, nichtig ist. Meine Argumentation aus dem Wortlaute der sponsio scheint mir auch heute noch schlagend.

Si is, qui navem exercuerit, in patris dominive potestate fuerit eiusque voluntate navem exercuerit.

Valeri Plures exercitores Rivista dir comm 1923 15sq, 22sqq, Wlassak SAWien 202 (1924) 3. Abh 175 [49].— Der Satz, daß wie die Magisterbestellung Vollhaftung des Reeders, so die voluntas patris dominive, cuius voluntate filius familias servusve navem exercet, Vollhaftung des Gewalthabers trägt, ist eine nachklassische Doktrin, die, vielleicht in nachklassischen Kaiserreskripten wurzelnd, schon in die Sentenzen des Paulus eingegangen ist. Oder gehört das in solido von Paul 2. 6. 1 den Westgothen? In klassischer Zeit trägt jene voluntas eine actio tributoria.

Paul 2. 6. 1. Filius familias si voluntate patris navem exerceat, patrem in solido ob ea, quae salva receperit, obligat.

Solido statt solidum. Seltsame Wortstellung: man würde erwarten: patrem ob — in solidum obligat.

(4. 9) 3 [3] Ulp 14 ed: B IV 261. Ich füge hinzu: Voluntas intervenit: worauf bezieht sich die voluntas? auf das receptum? — Teilweise anders Biondi Actiones noxales 1925 151 [3].

(4. 9) 7 [6] Ulp 18 ed. Haec iudicia quamvis honoraria s⟨i⟩[u]nt, tamen perpetua sunt: in heredem ⟨quoque⟩ [autem non] dabuntur. proinde et si servus navem exercuit et mortuus est, de peculio [non dabitur] actio in dominum [nec] intra annum ⟨datur⟩. [sed cum voluntate patris vel domini servus vel filius exercent navem vel cauponam vel stabulum, puto etiam hanc actionem in solidum eos pati debere, quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint.]

Cum statt si. Servus vel filius statt filius vel servus. Exercent statt exercet. Eos: servum et filium? Actionem pati ist verdächtig. Zu quasi rell Valeri 16 [4]. Vgl auch Biondi Actiones noxales 1925 147. Anders über den zweiten Satz der Stelle Biondi 151 [1].

(14. 1) 1 [19–23] Ulp 28 ed. ⟨Ait praetor:⟩ Si is, qui navem exercuerit, in ⟨patris dominive⟩ [aliena] potestate ⟨fu⟩erit eiusque voluntate navem exercuerit, ⟨ex eo,⟩ quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is ⟨fu⟩erit qui navem exercuerit, iudicium ⟨dabo. —⟩ [datur. Licet autem datur actio in eum, cuius in potestate est qui navem exercet, tamen ita demum datur, si voluntate eius exerceat. ideo autem ex voluntate in solidum tenentur qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet. at institorum non idem usus est: ea propter in tributum dumtaxat vocantur, qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur. sed si sciente dumtaxat, non etiam volente cum magistro contractum sit, utrum quasi in volentem damus actionem in solidum an vero exemplo tributoriae dabimus? in re igitur dubia melius est verbis edicti servire et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem.] et ita videtur et Pomponius significare[, si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari, si minus, in peculium]. In potestate autem accipiemus utriusque sexus vel filios vel filias vel servos vel servas. Si [tamen] servus peculiaris volente filio familias in cuius peculio erat, vel servo ⟨volente⟩ vicarius eius navem exercuit, pater dominusve [, qui voluntatem non accommodavit,] dumtaxat de peculio tenebitur [, sed filius ipse in solidum. plane si voluntate domini vel patris exerceant, in solidum tenebuntur et praeterea et filius, si et ipse voluntatem accommodavit, in solidum erit obligatus]. ⟨Praetor ait:⟩ [Quamquam autem, si] cum magistro eius gestum ⟨.⟩ [sit, dumtaxat polliceatur praetor actionem, tamen, ut Iulianus

quoque scripsit, etiam] si cum ipso exercitore sit contractum, pater dominusve ⟨utili actione conveniri poterit. et ita Iulianus quoque scribit⟩ [in solidum tenebitur].

Zu aliena Valeri 16[2]. Aliena — eius: diese stilistische Nachlässigkeit ist im Edikte des Prätors unmöglich. Bei Profanschriftstellern kommt dergleichen vor, z B in Plaut Asinar 548, wozu Leo zitirt Cic in Vatin 29 nostra acta, quos tyrannos vocas. Ich füge hinzu Caesar bell Gall 1. 40. 5 factum (eius hostis periculum) etiam nuper in Italia servili tumultu, quos tamen aliquid usus ac disciplina quam a nobis accepissent, sublevarent. — Ex voluntate tenentur! — Ad summam rem publicam statt ad maximum usum publicum. — Der Gegensatz navium exercitio — institores ist schief. — Cum eo statt cum institore eius. — Die rechtspolitische Erwägung ist von fragwürdiger Überzeugungskraft. — Die Unterscheidung von scientia und voluntas ist in der hiesigen Angelegenheit unsinnig. — Damus! Dabimus! — Melius est! — Verbis servire! — Scientiam onerare! — Solam et nudam! — In navibus sollte vor scientiam stehen. — Voluntatem extendere ad solidi obligationem! — Aliena — eum! — Voluntate gerat statt v eius g. — Obligari in peculium!

(14. 1) 1 [25] 4 Ulp 28 ed. Si plures navem exerceant ⟨et eundem magistrum fecerint⟩, cum quolibet eorum in solidum agi potest. [Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videntur. Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, huius nomine in solidum poterunt conveniri.] Sed si servus plurium navem exerceat voluntate eorum, ⟨—⟩ [idem placuit quod in pluribus exercitoribus. plane si unius ex omnibus voluntate exercuit, in solidum ille tenebitur. et ideo puto et in superiore casu in solidum omnes teneri]. Si servus sit, qui navem exercuit voluntate domini, et alienatus fuerit, nihilo minus is qui eum alienavit tenebitur. proinde et si decesserit servus, tenebitur: nam et magistro defuncto tenebitur. Hae actiones perpetuo et heredibus et in heredes dabuntur: proinde et si servus, qui voluntate domini ⟨navem⟩ exercuit, decessit, etiam post annum dabitur haec actio, quamvis de peculio ultra annum non detur. (Vgl Z 1925 463.)

(14. 1) 6 Paul 6 brev. Si servus [non] voluntate domini navem exercuerit, [si sciente eo, quasi] tributoria, si ignorante ⟨domino⟩, de peculio actio dabitur. Si communis servus voluntate dominorum exerceat navem, in singulos dari debebit ⟨—⟩ [in solidum] actio.

Rückgabe von Dotalgut in währender Ehe.

Bechmann Dotalrecht II 153, B II 74, Bonfante Corso I 1925 335.

(11. 7) 27[1] Ulp 25 ed. Maritus ⟨hac formula recte⟩ [—] convenietur, ⟨et⟩ si mulieri ⟨manente⟩ [in] — vera est [—].

(23. 3) 71[1] Paul 2 sent. Manente matrimonio [—] uxori [—] dos reddi ⟨non⟩ potest [—].

(23. 3) 85 Scae 8 dig. —. respondit ⟨non recte solvi⟩ [—]. Das angebliche Responsum des Scae ist dunkel. Vgl Bonfante 336[7].

(24. 3) 20 Paul 7 Sab. Quamvis mulier [non] — emat, ⟨non⟩ [—] recte ei solvitur [—].

(33. 4) 1[5] Ulp 19 Sab. Adeo autem ⟨rei uxoriae⟩ [dotis] — uxori [—] solverit, ⟨non⟩ cesset legatum.

Erst jetzt ist der Ausdruck adeo, ut begreifbar.

C Th (3. 13) 3 = C (5. 19) 1 (mit zwei Emblemen) Hon et Theod 422.

Immanente Pupillarsubstitution.

Windsch III § 559[10] und die dort Zitirten, besonders H Pernice, dessen Kritik der lex lata trotz W zutrifft.

(28. 6) 4 Mod sing heur. — div⟨orum⟩[i] (Mo) —. ⟨Item⟩ [Quod — nam] —. Sed ⟨et⟩ — ⟨utrumque⟩ [vulgarem tantummodo] casum ⟨alterius⟩ — constitu⟨erunt⟩[it] (Mo) [—].

Incongruens. — Incongruens, ut. — Hoc itaque rell: Erteilung von praktischen Ratschlägen, dazu noch von überflüssigen, ist nicht Gewohnheit der Klassiker. — Itaque nachgestellt. — Singulis — debebit: auch wenn er paritätisch substituiren will? — Debebit statt debet. — Substituere, ut substituatur. — Ne paßt nicht hinter quo casu — videbitur. — Voluntas defuncti! — Refragari. — Substituat statt substituere debet.

(28. 6) 45[p] Paul 12 resp. — [Titianus] — [Titium] —. respondi ad ⟨utrumque⟩ [primum] casum [—] substitutionem de qua quaer⟨ere⟩-[i]tur pertinere [—].

Cum poterit. — Et ideo. — Hereditas pertinet statt hereditatem pertinere.

C (6. 21) 6 Alex 225. ⟨Anfrage mit Tatbestandsbericht.⟩ (Reskript:) [In — fuit,] — [eisdem verbis] — ⟨utrumque⟩ [eum solum] casum ⟨alterius factam videri substitutionem⟩ [—] et sententiis — ⟨probatum est⟩ [placet —]. Sed cum — proponas [—], iuris [—] ratio ⟨eo magis⟩ manifesta est ⟨, quod licet⟩ [—] militibus [—] etiam —. [Sed —.]

Das Stück defuncta — contendas ist hinter proponas unerträglich. Es ist Ersatz für die weggeschnittene Anfrage. — Non miles fuit statt miles non fuit. — Placet. — Placet paßt nicht zu facta esset. — Placet sententiis et constitutionibus! — Quo ist zu weit von casum entfernt. — Quo statt in quem. — An — senserit statt fratrem tuum ita sensisse.

C (6. 26) 2 Sev et Ant 204. Hereditatem [—] intestati filii delatam tibi ⟨non esse⟩ dubitari non oportet. substitutio⟨nem⟩ enim testamento patris facta⟨m⟩ ad ⟨utrumque casum pertinere⟩ [—] divus Marcus pater constituit. ⟨filio autem impubere et alio non eiusdem condicionis heredibus institutis et invicem substitutis in filio idem servari debet.⟩

Ad pubertatis tempora porrigi ist unverständlich. — Idem: in unum casum dumtaxat ei substitui posse? Das ist selbst nach justinianischem Rechte falsch. — Ratio suadet!

C (6. 26) 4 Alex 225. ⟨Divus Marcus constituit⟩ [—] substitutionem impuberi[s] — fu[er]it — decessit [—]: cum ⟨igitur⟩ [tamen] — ⟨filio in utrumque⟩ casum factam substitutionem [—].

Quamvis placuerat! — Cum tamen statt tamen, cum.

Impossibilis condicio und cautio Muciana.

Mucius hat selbstverständlich wie Socinus nicht den Beurteilern von Testamenten sondern den Testirenden einen Rat erteilt. Titio, si in Capitolium non ascenderit. Diese Bedingung ist eine condicio impossibilis: siehe nachher zu (28. 7) 16. 20. Schreibe also, Testator: Titio, si caverit se legatum, si in Capitolium ascendisset, cum fructibus restituturum. Das ist der Rat des Mucius.

Labeo und die Sabinianer streichen die impossibilis condicio, gewähren aber dem Erben gegen den Legatar, der nicht ad exemplum Mucianae cautionis (so lautet der

korrekte Ausdruck und so redet Papinian) kavirt, eine exceptio doli, weil der fordernde aber nicht kavirende Legatar contra voluntatem defuncti verstößt.

In dem Falle Titiae, si non nupserit findet die exceptio doli nicht statt, weil hier die Bedingung nicht nur impossibilis sondern auch moralwidrig und gesetzwidrig ist.

(28. 7) 4 [1] Ulp 8 Sab. — alienaverit, ⟨non⟩ [—] sub — videri ⟨, quia ante mortem eius servus decedere possit⟩ —.

(28. 7) 16 Marcian 4 inst. ⟨'Si Titius heres erit, Seius heres esto.' Iulianus⟩, [—] scribit, cum condicio existere non possit ⟨, pro non scripta eam habendam. 'si Titius heres erit, Seius heres esto: si Seius heres erit, Titius heres esto.' idem scribit utramque institutionem inutilem esse. nam posse quidem altera condicione pro non scripta habita alteram existere. sed utra magis pro non scripta habenda sit, incertum esse.⟩

Institutionem statt utramque institutionem. — Condicio possit statt condiciones possint. — Die überlieferte Entscheidung des überlieferten Falles ist mit der Lehre des Sabinus nicht vereinbar. — Über das Motiv dieser Lehre Savigny System III 200sq. Schwerlich gründeten Sabinus und seine Vorläufer ihre kühne Entscheidung auf ihre eigene Machtvollkommenheit. Die Regeln von (34. 5) 24 Marcell 11 dig (de Medio Kr) (45. 1) 80 Ulp 74 ed, an die Savigny 199 erinnert, gehören Justinian. Auch (35. 1) 19 [p] Ulp 5 disp und eod 101 [p] Pap 8 resp sind sicher verfälscht. Wahrscheinlich stützte sich Sabinus auf ein Präjudiz der Centumviri, die ja auch die causa Curiana aus analogem Motiv (Berücksichtigung des wirklichen Willens) und mit analoger Kühnheit entschieden. Proculus wird diesem Präjudiz die Allgemeingültigkeit abgesprochen haben. Die ratlose Bemerkung Gai 3 [98] et sane rell stammt nicht aus klassischer Feder: Z 1925 477. — Gegen das Urteil 'wenn Seius so eingesetzt ist: si Titius heres erit, Seius heres esto, kann die Bedingung nicht eintreten' wende man nicht ein, Titius könne in einem späteren Testamente eingesetzt werden: geschieht das und tritt Titius an, so wird zwar Titius Erbe, ist aber seine Erbewerdung kein (lebendigmachender) Eintritt der Bedingung, weil das erste Testament seit Errichtung des späteren tot ist. Vgl zu der nächsten Stelle. — Man sage auch nicht (wie mir wirklich

gesagt worden ist), die Bedingungen des Falles von 16 seien deshalb nicht impossibiles, weil Seius und Titius unisono zerniren können. Wenn Zwei gleichzeitig zerniren, werden sie, wenn überhaupt, gleichzeitig Erben, nämlich unmittelbar nach Vollendung der Doppelkretion. Seius aber wie Titius kann nur dann Erbe werden, wenn der andere schon Erbe ist, schon vorher Erbe geworden ist. Schlimmer noch: Seius wie Titius kann nur dann wirksam zerniren, wenn die seiner Einsetzung beigefügte Bedingung schon vor dem Beginne seines Kretionsaktes eingetreten ist oder vor der Vollendung dieses Aktes eintritt. Niemand kann nondum impleta condicione wirksam zerniren, weil er nondum impleta condicione noch gar nicht Delatar ist. Dieser Satz erleidet einzig für den Fall eine Ausnahme, wo der Kretionsakt als solcher (oder die pro herede gestio als solche) die Einsetzungsbedingung ist: Gai 2[165] (vgl Z 1922 536). Psychologische Ursache dieser Ausnahme: der Fall, wo der Vollzug des Kretionsaktes oder der pro herede gestio condicio iuris ist, war Vorlage und Muster, und es wirkte auch der Wunsch die ersprießliche institutio cum cretione zu retten.

(28. 7) 20 Lab 2 post a Iav epit. — ⟨dotis dictione⟩ [dote promissam] — ⟨dixisset, vir⟩ [promisisset] —. ⟨putavit⟩ [puto], si — ⟨dotis dictione⟩ [dote] sibi deberetur, ⟨ceteris heredibus vel quibusdam ex eis moram facientibus⟩ [statim eum] heredem ⟨eum⟩ futurum. quod si solus heres institutus esset ⟨,⟩ [—] statim — es⟨se⟩t. Si quis hereditarium — [: sed —]. Si quis — [, dummodo —].

In dem Falle quod si solus heres institutus esset liegt wirklich eine impossibilis condicio vor. Gewiß kann das bedingende Ereignis eintreten, ist es sogar wahrscheinlich, daß es eintreten wird: es ist wahrscheinlich, daß der Mann die Erbschaft nicht ausschlagen und also das Geld nicht fordern und nicht beitreiben wird. Daß er das nicht tut, ist aber erst im Augenblicke seines Todes sicher. Erst mit seinem Tode tritt das bedingende Ereignis als ein sicheres Ereignis ein. Ein Toter aber kann nicht mehr antreten. Eine Bedingung aber, die zwar im natürlichen Sinne eintreten, aber eintretend die durch sie bedingte Verfügung unmöglich lebendig machen kann, ist im juristischen Sinne

eine Bedingung, die nicht eintreten kann, ist ebensosehr wie eine Bedingung, die überhaupt nicht eintreten kann, eine impossibilis condicio. Vgl vorhin zu eod 16 Marcian 4 inst. In (35. 1) 7 [1] Ulp ⟨8⟩ [18] (L) Sab ist außer vel cavere und caveat (lies denuntiet) auch iure ipso rell unecht. Dies Stück enthält, wie Vangerow II § 436 III 2 b erkannt hat, denselben Fehler, den V mit Recht an Arndts rügt, dem Savigny System III 158, 159 zustimmt. Weitere Unechtheitsanzeichen: Iure ipso statt ipso iure. Iure ipso = ohne weiteres. Eo, quod statt quia. Ipse adeundo statt quia ipse adiit. Vgl H Krüger Mél Girard 1912 II 32 [21] und dort Zitirte. — Dieselbe Art von impossibilis condicio wie in 20 ist gemeint in (28. 5) 51 [1] Ulp 6 reg. Diese Stelle ist von nachklassischer Hand verkürzt und in den Worten secundum omnium sententiam von Trib interpolirt. In (45. 1) 7 Ulp 6 Sab streiche cum in faciendum concipitur und aliter rell. Lex 51 [1] und lex 7 waren im Urulpian beieinander: der Hersteller der regulae Ulpiani hat 51 [1] aus Ulp 6 Sab genommen. — Lex 20 beweist, daß (46. 4) 12 Pomp 26 Sab trotz Vassalli und Riccobono Studi Perozzi 352 sq Richtiges sagt: im ersten Falle von 20 ist seit der acceptilatio zwischen dem Manne und den ceteri heredes, nur dann sicher, daß der Mann niemals (erfolgreich) fordern wird, wenn die acceptilatio auch diejenigen Forderungsquoten ergreift, welche die ceteri heredes etwa durch des Mannes Erbschaftsausschlagung hinzuerwerben werden und welche ihnen vorher bedingt gehören (vor ihrem Erbschaftsantritt gehören sie ihnen noch nicht einmal bedingt).

(31) 76 [7] Pap 7 resp: wahrscheinlich Randsumme. Vgl unten unter Einzelne Stellen zu (19. 1) 36 Paul 7 Plaut.

(32) 14 [p] Gai 1 fid. [— quin,] — [, si nupserit,] —.

(35. 1) 7 [p] Ulp ⟨8⟩ [18] (L) Sab. ⟨Eae condiciones, quae nisi morte heredis instituti existere non possunt⟩ [—], ut puta 'si in Capitolium non ascenderit' ⟨, quasi impossibiles pro non scriptis habendae sunt⟩ [—]: et ita —. [nec —.]

(35. 1) 7 [1] Ulp ⟨8⟩ [18] (L) Sab: siehe vorhin zu (28. 7) 20.

(35. 1) 18 Gai 18 ed prov. [—.] Levy Z 1903 127 sqq.

(35. 1) 22 Iul 35 dig. — ⟨, condicio pro non scripta habetur. si⟩

[et] eiusdem fidei commissum sit [—] et [si] nupserit, ⟨ille recte ait⟩ legatum eam petere posse ⟨, sed⟩ [et] —.

Natürlich: die Bedingung si mulier non nupserit ist Bedingung auch des Fideikommisses und insofern sie das ist nicht nur nicht gesetzwidrig sondern auch nicht impossibilis: man kann auch post mortem legatarii fideikommittiren.

(35. 1) 42 Afr 2 quaest. — ⟨sub impossibili condicione⟩ [magis patri] — ait [—] idem — legetur [—] (Unsinn).

(35. 1) 67 Iav 11 epist. — si manumis⟨isse⟩[eri]t —. quaero, ⟨quid iuris sit⟩ [—]. respondit: si ⟨is,⟩ cui ita legatum er⟨a⟩[i]t —, satisdatione interposita [accipere] ab herede legatum ⟨acceperit⟩ [poterit] et [, si] — est restituet ⟨, Maevio heres tenebitur⟩ [eoque casu —].

Aliquid statt legatum. — Detur statt debeatur. — Accipere statt petere. — Da der Legatar satisdedit et legatum accepit, ist der angebliche Bescheid satisdatione — poterit unbegreiflich. Obendrein ist er falsch. — Eoque casu: nein, nicht nur dann. — Sequenti statt sequente. — Legatum ex condicione debetur! — Debuerit statt debet.

(35. 1) 72[pr 1] Pap 18 quaest: Z 1925 448.

(35. 1) 72[2] Pap 18 quaest. — [ante — cautionis] (B IV 323) locum ⟨habet⟩ [—], quoniam — ⟨non potest⟩ [potuit].

(35. 1) 73 Pap 19 quaest: Z 1925 449.

(35. 1) 74 Pap 32 quaest: Z 1925 449.

(35. 1) 77[1] Pap 7 resp: Randsumme. Si rell ist unklassischen Stiles.

(35. 1) 77[2] Pap 7 resp. — est. ⟨propter fideicommissum etiam legatum pro puro accipiendum est⟩ [—]: remoto — [legatarius] — ⟨locum⟩ non habebit.

Zu remoto vgl Cicero ad Brutum 1. 13. 2 remota necessitudine privata = ‘unter Wegdenkung der Freundschaftsbeziehung’.

(35. 1) 79[2] Pap 1 def. — [si — fecerit,] — ⟨de⟩ hoc —.

(35. 1) 79[3] Pap 1 def. [Quamvis] — ⟨legatur⟩ [legetur —]. Zu bescheiden Z 1925 449.

(35. 1) 100 Pap 7 resp. — mulier. ⟨trecenta petere potest⟩ [—]. Zu bescheiden B III 153.

(35. 1) 101[3] Pap 8 resp. —: [divortio —] respondi [.] nec ante ⟨mortem viri⟩ — cedere [—] nec — ⟨posset⟩ [possit] —.

Quam mori coeperit nupta vel maritus: falsch. — Zu konservativ Z 1925 475.

(35. 1) 103 Paul 14 quaest. — [transmittat] legatum ⟨non transmittet⟩, quia ⟨morte eius⟩ [moriente eo] —.

Transmittat ist coniunctivus iussivus und Befehl des Gesetzgebers Justinian. — Moriente eo ist falsch. — Eine impossibilis condicio liegt nicht vor: post decem annos ist das satis exigere unmöglich, weil das Legat dann ein legatum purum ist.

(35. 1) 106 Iul ⟨35⟩ [25] (L) dig: Z 1925 475. Zusätze: 1. Sed et rell widerspricht der Entscheidung perinde — fuisset. 2. Nihilo minus bedeutet bei den klassischen Juristen ‘trotzdem’, nicht ‘ebenso, wie in jenem Falle’.

(36. 1) 67 [1] Maec 5 fid. Si testator rogasset heredem, ut [—] hereditatem mulieri, si non nupsisset, ⟨restitueret,⟩ [—] compellendum heredem [—] hereditatem adire et restituere eam mulieri, etiamsi nupsisset ⟨, Iulianus scripsit.⟩ [—.]

(40. 4) 17 [p] Iul 42 dig. — ⟨valet, quia impossibilis condicio pro non scripta habetur. si ita scriptum sit:⟩ [ita accipienda est] — [isto enim modo] —.

Anders Z 1922 420. — Analog verfälscht ist (35. 1) 29 Iul 1 Urs Fer. Recipienda statt accipienda.

(40. 4) 61 [p] Pomp 11 epist. [—] Iulianus — ⟨.⟩ [, cum — etiam] — ⟨condicionem quasi impossibilem pro non scripta habendam esse⟩ [nullius —]. (Anders Z 1922 420.)

(40. 7) 4 [1] Paul 5 Sab. Non est statuliber, ⟨quem⟩ [—] cum moreretur liberum esse ⟨testator iussit:⟩ [—] et ita Iulianus scribit [—].

Legatum debiti und relegatio dotis.

Gai 4 [9]. — [; quod —]. — Accidit per actionem ist kein Latein. — Actionem statt actiones. — Aut: Disjunktion statt Konjunktion. — Der Satz legis Aquiliae actione rem et poenam persequimur ist trotz Levy Privatstrafe 1915 23 falsch. Zu (17. 2) 50 Paul 6 Sab Z 1924 369, zu (39. 2) 7 [1] Ulp 53 ed später sv contingere, zu (44. 7) 34 [2] Paul sing conc act Z 1924 370, zu (47. 10) 7 [1] Ulp 57 ed B IV 189. — Statt des überlieferten certe relictae ist sicher mit den Herausgebern certa relicta zu lesen. Ist certa

sachlich richtig? Dawider sprechen die innere Wahrscheinlichkeit und Gai 2 ^{282} 4 ^{171} Paul 1. 19. 1, in welchen Stellen höchst auffälliger Weise das Wort certa fehlt. Dafür scheint zu sprechen Inst (3. 27) 7. In Wirklichkeit aber beweist diese Stelle nur, daß Justinian in Gai 4 ^{9} denselben verfälschten Text gelesen hat wie wir. (Vgl Seckels und Küblers zweite Note zu Gai 3 ^{204}.) Das wäre längst erkannt, wenn man nicht bis vor kurzem das Gaiusmanuskript irrtümlich fast wie ein vom Himmel gefallenes Evangelium verehrt hätte. — Gehört certa dem Urheber von quod rell? Wie konnte er dazu kommen das Wort zu schreiben? Da es auf die zweite Frage keine Antwort gibt, ist die erste zu verneinen. Certa ist aus relicta gewuchert. Etwa so: statt relicta schrieb ein Abschreiber recta und dahinter das richtige relicta, aus recta relicta machte dann eine zweite Hand certa relicta. — Da certa sachlich unrichtig ist, ist klar, daß jedes legatum debiti per damnationem relictum utile est: vgl nachher zu (31) 66 ^{p} Pap 17 quaest und zu (34. 3) 11 Iul 36 dig. Erst recht gültig ist natürlich das legatum debiti per vindicationem relictum.

Paul 4. 1. 1. Ab uxore, cui vir dotem [p]r[a]elegavit, fideicommissum relinqui non potest, quia non ex [lucrativa causa] testamento aliquid cap⟨ere⟩[it], sed ⟨suum⟩ [proprium] recipere videtur.

Diese Entscheidung wird bestätigt durch (33. 4) 1 ^{13} Ulp 19 Sab (35. 2) 81 ^{1} Gai 18 ed prov (37. 5) 8 $^{5. 6}$ Ulp 40 ed (allerdings cum — veniat unecht und § 6 nicht intakt).

Inst (2. 20) 14. 15. [Ex contrario] — [in]utile est legatum [—]. ⟨Item⟩ [Sed] — [, quia plenius — actio]. —.

Vgl nachher zu (35. 2) 5 Pap 8 resp.

(23. 3) 29 Ulp 36 Sab. — [non] puto — ⟨utile⟩ [nullum] — [valet legatum:] dos [enim] — [legatum] filiae ⟨ex testamento. sed⟩ [—] si mulier —.

Zum Schlusse der Stelle siehe B II 111.

(30) 28 Ulp 19 Sab. [—] Aristo — ⟨Item⟩ Marcellus — ⟨mihi⟩ legaveris — Falcidia [hoc] minuat⟨ur neque caducum fiat. Begründung⟩.

Creditori meo: bei Aristo und Marcell ist ego der Legatar: unnötiger Rollentausch. — Tutus: ungewöhnliche Appositionskonstruktion. — Sicut paßt nicht. — Begründung im Sinne des Marcell: Die actio ex testamento ist dadurch

anders und besser als die condictio certae rei, daß sie infitiando in duplum crescit. Andrerseits kann man nicht sagen, daß der Legatar die poena, wenn sie verfällt, ex testamento capit.

(30) 29 Paul 6 l I et P ist restlos unecht. Differatur! Auch debitum differat ist unerträglich: man fordert 'schwächer ist'.

(30) 75 [1] Ulp 5 disp. [—] si decem —.

(30) 108 [4. 5] Afr 5 quaest: schwer verfälscht: B IV 331. Klassische Entscheidung des Falles Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te herede mihi per damnationem legavit: das Legat ist gültig, durch Leistung des Stichus befreit sich Tu von beiden Obligationen. Klassische Entscheidung des Falles si, cum mihi ex testamento Titii Stichum deberes, eundem a te herede Sempronius mihi per damnationem legaverit fideique meae commiserit, ut eum alii cui restituerem: weil das zweite Legat zwar (zivilrechtlich) gültig, aber keine Wertzuwendung ist, ist das Fideikommiß ungültig und deshalb das zweite Legat durch exc doli entkräftbar.

(31) 66 [p] Pap 17 quaest. Streiche außer dem schon von B IV 330 gestrichenen auch debitor — specie legati. Das emolumentum des zweiten Legates liegt darin, daß der zweite Erbe nicht nur durch Leugnung des ersten sondern auch durch Leugnung des zweiten Legates die Doppelungsstrafe auf sich zieht: die Formel der actio ex testamento lautet natürlich nicht si paret — ex testamento dare oportere sondern si paret — ex testamento Lucii Titii dare oportere.

(31) 82 [p] Paul 10 quaest gehört einem Paraphrasten, der auf das Legat überträgt, was (35. 2) 5 Pap 8 resp (nachher) vom Fideikommiß aussagt. — Sub pignore: was soll das ?— Annus supervenit ist Unsinn und kommt im Bereiche des VIR nur hier vor. — Zu alioquin rell später unter Futurum der deductio ad absurdum.

(32) 3 [2] Ulp 1 fid. — cui ⟨eandem⟩ rem legaverit — poterit, ⟨quia creditor non ex testamento aliquid capere, sed suum recipere videtur⟩ [—].

Zu konservativ B IV 236.

(32) 7 [3] Ulp 1 fid. — ⟨ei⟩ debet — poterit, ⟨quia —⟩ [—].

(32) 24 Ner 2 resp. Creditori [ita] potest legari, ⟨quod ei debetur. Begründung.⟩ [—.] Ne rell paßt nicht zu creditori. Repeteretur statt repetatur.

(33. 4) 2^{p} Ulp 5 disp. Cum quis uxori suae dotem relegat ⟨,⟩ fidei-[que]commissum ab ea ⟨relinquere non potest, quia —⟩ [—], et ita Celsus quoque libro vicesimo digestorum scripsit. [—.] (Schulz) sed et si [—] pro dote aliquid uxori fuerit legatum, ⟨idem dicendum erit, et ita⟩ [—] Iulianus scripsit ⟨.⟩ [—] si quis, cum —.

Vgl Schulz Z 1913 94, Beseler Z 1925 474. — Der erste Satz ist im Widerspruche mit Paul 4. 1. 1 (vorhin). — Fideicommissum ex commodo aestimabitur: unklassische Redeweise. — Die angebliche Behauptung Julians und die Behauptung heres instituta — sentit sind indiskutabel. — Zu repraesentatio nachher am Schlusse. — Repraesentationis commodum: in Wirklichkeit wird soweit wie die dos auch das legatum dotis annua bima trima die geschuldet: (31) 41^{1} Iav 7 epist Schluß (33. 4) 1^{p} (— ⟨ille ait et⟩ verum —.) 1^{5} Ulp 19 Sab (unecht ist 1^{2} und in 1^{12} ego rell) (35. 2) 57 Marcell 26 dig (unecht ist et sane rell).

(33. 4) 2^{1} Ulp 5 disp. Salvo — potuit ist emblema Triboniani.

(34. 3) 11 Iul 36 dig. ⟨Titius ita legavit: 'heres meus Maevium, qui pro me fideiussit, a creditore liberare damnas esto'.⟩ [—]. quaesitum — esset [—]. respondi ⟨: cum debitor creditori quod ei debet legat, semper utile est legatum, quia interest⟩ [—] creditoris —. nam ⟨ex testamento adversus infitiantes in duplum agitur.⟩ [et] si ⟨autem⟩ — ⟨vel ideo valet legatum, quia interest⟩ [manifestum — intersit] —.

Der erste Satz ist offenbar eine Randsumme: die Lesart respondit (F) ist richtig. — Nam et si ist unsinnig: der proponirte Fall ist ein Unterfall des Falles si Titius — stipulatore. — Manifestum est ist konstitutional. — Quantum: auf die Größe des Interesses kommt es nicht an. — Vgl vorhin zu Gai 4^{9}.

(34. 3) 13 Iul 81 dig. —. [at si] idem ⟨erit, si⟩ —[, intellegendum —]. — Willkürliche Entscheidung. — Remitti statt remittere. — Vgl vorhin zu (30) 28 Ulp 19 Sab.

(34. 3) 25 Paul 10 quaest. —. ⟨si quis ita legaverit: 'heres meus Titio, quod ei debeo, dare damnas esto', si debitor non fuit, inutile est legatum. quod si ita scripserit: 'centum, quae ei debeo', quamvis debitor non fuerit, legatum valet⟩ [contra autem —]: certa enim —.

Debitor creditori leget: hier fehlt quod ei debet. — Nullam utilitatem ist undeutlich. — Utilitatem und utilitas (gemeint ist 'Nutzen') ist ein ungeschickter Ausdruck, weil utilis technisch 'gültig' bedeutet und alsbald in diesem Sinne angewendet wird. Nicht ungeschickt ist utilitatis aestimatio in (35. 2) 5 Pap 8 resp (nachher), weil hier aestimatio den Sinn von utilitas beleuchtet. — Video ist ungewöhnlich. — Sine quantitate ist undeutlich. — Confitetur ist seltsam. — Species = Fall. — Emolumentum debiti ampliatur ist undeutlich und konstitutional. — Aureos. — Placuit. — Siehe zu der Stelle jetzt auch Levy Z 1926 419.

(34. 3) 28 $^{10-12}$ Scae 16 dig. — quaesitum est, an utile esset ⟨legatum⟩ [in persona eius fideicommissum]. respondit ⟨utile esse.⟩ [— petere posset.]

Das Getilgte ist sprachlich wie sachlich unerträglich.

(35. 2) 1 ^{10} Paul sing l Falc. — legaverit, ⟨utile est legatum. quia autem creditor non ex testamento aliquid capere, sed suum recipere videtur, lex Falcidia locum non habebit⟩ [—].

Vgl Paul 4. 1. 1 (vorhin). — Der überlieferte Text von 1 ^{10} ist unerträglich unsauber gebaut: Hanquet Das legatum debiti Diss Berlin 1889 17. — Zu repraesentatio nachher 70.

(35. 2) 5 Pap 8 resp. Verbis [legati vel] fideicommissi ⟨inutiliter⟩ [non necessarie] (törichte Glosse) —. [itaque — minuetur.] — ⟨civitatis⟩ committi [legatarii] poterit. quod si ⟨pollicitationi⟩ dies ⟨adiectus fuerit, fideicommissum pure relictum sit, valet fideicommissum, nec⟩ [—] utilitatis —. ⟨sed⟩ [nec] — [aut — impleta], [fiet] irritum ⟨est fideicommissum⟩ [—].

Legati vel: Pap handelt in 8 resp von den Fideikommissen. — Itaque — minuetur ist unklassischen Stiles und selbstverständlichen Inhaltes. — Quare heischt Anschluß an den ersten Satz. — Dies legatum facit! — Zu nec si rell vgl (31) 82 ^{p} Paul 10 quaest (oben). — Competit! — Zu dem fideikommißrechtlichen Inhalte der Stelle vgl auch (31) 88 ^{10} Scae 3 resp (— [quasi ex debito] — fideicommisso ⟨petitionem⟩.) (32.) 93 ^{1} Scae 3 resp (34.3) 28 $^{13.14}$ Scae 16 dig.

C (6. 44) 2 Alex 222. Das Wort etiam bestätigt die Behauptung der Gültigkeit des legatum debiti. —

Justinian hat bekanntlich das Vindikationslegat und das Damnationslegat in dem Sinne verselbigt, daß jeder Legatar einer Nachlaßsache nach seiner Wahl ex testamento klagen oder vindiziren kann. Man hat diese Ordnung ungeheuerlich gescholten. Und doch hat sie zwei klassische Muster. 1. Titius heres esto. Sempronio servum Stichum, quem ei ex stipulatu debeo, do lego. Sempronius kann vindiziren. Er kann aber auch das Legat ausschlagen und ex stipulatu klagen. Er kann als Eigentümer, kann aber auch als Nichteigentümer und Gläubiger klagen. 2. Titius heres esto. Sempronio Stichum do lego. Titius Sempronio Stichum dare damnas esto. Vgl etwa (33. 7) 12 [43] Ulp 20 Sab: do lego darique iubeo. —

Repraesentatio kommt im Bereiche des VIR außer in den soeben besprochenen Stellen, die es enthalten, noch in folgenden Stellen vor. (24. 3) 24 [2] Ulp 33 ed. — satisdare ⟨paratus non sit⟩ [—], in solidum — temporis. [—.] (31) 88 [5] Scae 3 resp: Konsulententext. (35. 1) 36 [1] Marcell sing resp. — [repraesentetur — impleto et] — [id] Publio — [: etenim —]. (42. 8) 10 [12] Ulp 73 ed. — erit ⟨huic interdicto⟩ [—] locum —. (Sensi! Der Einschub von mihi durch F [2] ist willkürlich.) In Ulp 6 [13] ist trotz Cui ⟨lucri⟩ [repensatio] facit zu lesen: repensatio ist Glosse zu ex fructibus reddere. — Auch repraesentare in analoger Bedeutung ist wo nicht immer so doch oft unecht.

Falcidia.

Dieser Abschnitt betrifft im wesentlichen die Probleme, die durch die Kombination der Begriffe Falcidia und Substitution bestimmt werden und zu den intrikatesten des justinianischen Erbrechts gehören. Es wird sich zeigen, daß die Römer auch hier lauter einfache und klare Grundgedanken sauber und folgerichtig zu ihren Konsequenzen entwickelten.

(28. 6) 12 Pap 3 quaest. [Si] — exstitit, ⟨altera hereditate se abstinere, alteram retinere potest⟩ [—]. — Das Getilgte ist offenbar Paraphrasis. — Recuset. — Malit. —

Audiri debet: später sv audire. — Iustius. — Etenim. — (Praesertim) quod statt cum: die klassischen Juristen vermeiden, mit kluger Rücksicht auf den mehrfältigen Sinn des Wortes, quod = 'weil', während Varro und Caesar, auch sie Attizisten, wenn auch anderer Observanz, dies quod lieben und quia meiden. — Itaque — debent: selbstverständlich. — Habita rell: unbegreifliche Entscheidung. — Facultates. — Zu konservativ Donatuti Iustus, iuste, iustitia estr Annali Perugia 1921 20.

(28. 6) 41[6] Pap 6 resp. — ⟨filio ante patrem mortuo⟩ legata [e] — servabitur ⟨, si filius patri heres exstiterit et impubes decesserit.⟩ [—. nam et] cum ⟨res per vindicationem⟩ [legatum] —.

Ille statt is. — Induceret: unbegreiflicher Irrealis. — Quasi — institutus: was soll das? — Quasi institutus statt ac si institutus esset. — Plane: Sinn? — Quadrantem statt totius hereditatis quadrantem. — Nam et ist unverständlich.

(28. 6) 42 Pap 1 def. — ⟨instituit⟩ [reliquerat] — ⟨decesserunt: post mortem eius, qui posterior obiit,⟩ [simul perierunt:] duae hereditates substituto deferuntur. [—.]

Die unlogische überlieferte Entscheidung ist nachklassisch. Der in C (6. 26) 10 Justinian 531 ausgesprochene Gedanke cogitasse enim patrem primo decedente fratrem suum in eius portionem succedere stammt in Wirklichkeit weder von Sabinus noch von einem andern Klassiker. Beachte die Bemerkung von Solazzi Studi sulla tutela II estr Pubbl Modena 1926 42. — Decedant statt decessissent: in Wahrheit sind sie doch dem überlieferten Texte zufolge gleichzeitig umgekommen. — Zu novissimi und prioris vgl Z1925 244[1]. Zu (35. 2) 14[3] Pap 9 resp nachher. Zu (29. 2) 38 Ulp 43 ed später. — Ratione statt rationem. — Nec — desiderabit ist überflüssig. — Iure testamenti ist seltsam. — Desiderare: später shv. — Legata rell: es ist doch in in Wirklichkeit nur ein Substitut vorhanden! — Ad irritum reccidunt: später shv. — Von Trib ist der Sprache nach das Unechte schwerlich.

(35. 2) 1[13. 14] Paul sing l Falc. — similis est [heres] (Mo) — ⟨qui⟩ [si] (Voorda Mo) omis[er]it hereditatem, ⟨iure antiquo⟩ non ⟨debentur⟩ [augebuntur] — ⟨ex lege Iulia et Papia⟩ vindicavero — [in qua specie et] — ⟨ita⟩ iudicasse dicitur [—].

Zu non ⟨debentur⟩ [augebuntur] siehe B I 94 sq II 54 sq.

(35. 2) 10 Pap 20 quaest: ein unerträglicher Text: Randsumme.

(35. 2) 11^{5} Pap 29 quaest. Statt quam potestatem habeat, videndum est lies verum est. Im übrigen siehe B III 161.

(35. 2) 11^{6} Pap 29 quaest. — [tractari —] verior est [diversa] — [ita] (Mo) — [: ut enim — confusionem] — ⟨—⟩ [duobus —]. (Zu bescheiden B IV 182.)

(35. 2) 11^{7} Pap 29 quaest. Quaesitum est, si quis pupillo coheredem substituisset, [—] quale es⟨se⟩t, quod vulgo diceretur, legatorum rationem separandam? dixi, ⟨si pater a filio, item a substituto legavisset, ea legata separanda non esse⟩ [—]. sed legata, quae ⟨ a coherede⟩ [ab] instituto [extero] data sunt, permisceri ceteris non oportere: [—] et aliam causam esse eius, qui ex variis portionibus heres scriberetur [—].

Der Pupillarsubstitut als solcher ist auch dann, wenn der Pupill nur zu einer Portion berufen ist, kein ex portione hereditaria heres scriptus sondern lediglich ein Mann, der zum Erben des Pupillen gesetzt ist. Der ex variis portionibus heres scriptus ist als hinter jeder Teileinsetzung damnirt zu denken.

(35. 2) 11^{8} Pap 29 quaest. — substitu⟨er⟩it — ⟨legata a substituto relicta non valebunt⟩ [necessario —]. — Necessario ist seltsam. — Legata ist zu weit weg von a substituto relicta. — Exstiterit statt exstitisset. — Nicht daß Julian etwas gesagt hat, sondern daß richtig ist, was Julian gesagt hat, wäre für Papinian ein Argument. — Mit cum rell verweist Trib auf (30) 94^{p} Iul 39 dig, wo er nisi für quamvis eingesetzt hat.

(35. 2) $14^{2.3}$ Pap 9 resp. — [non] uti convenit, ⟨quamvis⟩ [si] — [et impuberi — sed] — [tantum] portion⟨is⟩[em] (Hal Kr) —.

(35. 2) 87^{3} Iul 61 dig. — et legata ⟨per vindicationem relicta⟩, item — legata ⟨usque ad totius assis dodrantem⟩ [tota] praestabuntur ⟨. —⟩ [—].

Tota ist unerträglich falsch und mag aus legata gewuchert sein. — Quia rell ist kraus, weitschweifig und unbedeutend: Paraphrasis. — Quaeris: den Julian hat niemand gefragt, der Paraphrast beantwortet eine Frage seines Schülers. — Respondebimus! — Hinter praestabuntur ist

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.

XI. Band in 2 Heften. 1890. 30.25 ℳ

1. Heft. German. Abt. IV, 261 S. 13,25 ℳ
2. Heft. Roman. Abt. IV, 336 S. 17,— ℳ

XII. Band in 3 Heften. 1891. 29.15 ℳ

1. Heft. Rom. Abt. 1. Heft. Mit 2 Abb. IV, 180 S. 9,20 ℳ
2. Heft. German. Abt. Mit Register über den germanistischen Inhalt der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 1—XXV. IV, 148 S. u. VII, 133 S. 14,60 ℳ
3. Heft. Roman. Abt. 2. Heft. Mit Register über den romanistischen Inhalt der Zeitschrift für Rechtsgeschichte N. F. Bd. I bis XII. 107 S. 5,35 ℳ

XIII. Band in 2 Heften. 1892. 33.55 ℳ

1. Heft. German. Abt. IV, 259 S. 13,15 ℳ
2. Heft. Roman. Abt. IV, 404 S. 20,40 ℳ

XIV. Band in 2 Heften. 1893. 32.00 ℳ

1. Heft. Germ. Abt. IV, 168 S. u. IV, 258 S. 21,70 ℳ
2. Heft. Roman. Abt. IV, 292 S. 10,30 ℳ

XV. Band in 2 Heften. 1894. 30.60 ℳ

1. Heft. Roman. Abt. IV, 408 S. 20,60 ℳ
2. Heft. German. Abt. IV, 196 S. 10,— ℳ

XVI. Band in 2 Heften. 1895. 33.40 ℳ

1. Heft. German. Abt. IV, 300 S. 15,20 ℳ
2. Heft. Roman. Abt. IV, 360 S. 18,20 ℳ

XVII. Band in 2 Heften. 1896. 28.70 ℳ

1. Heft. German. Abt. IV, 199 S. 10,15 ℳ
2. Heft. Roman. Abt. IV, 367 S. 18,55 ℳ

XVIII. Band. 1897. 27.65 ℳ

German. Abt. IV, 218 S. 11,10 ℳ
Roman. Abt. Mit 1 Lichtdrucktafel. IV, 307 S. 16,55 ℳ

XIX. Band. 1898. 31.25 ℳ

German. Abt. IV, 221 S. 11,25 ℳ
Roman. Abt. IV, 396 S. 20,— ℳ

XX. Band. 1899. 32.80 ℳ

German. Abt. XI, 353 S. 18,20 ℳ
Roman. Abt. IV, 288 S. 14,60 ℳ

XXI. Band. 1900. 41.45 ℳ

German. Abt. XX, 366 S. 19,30 ℳ
Roman. Abt. IV, 439 S. 22,15 ℳ

XXII. Band. 1901. 38.10 ℳ

German. Abt. XXII, 465 S. 24,35 ℳ
Roman. Abt. XXVI, 249 S. 13,75 ℳ

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.

XXIII. Band. 1902.		47.— ℳ
German. Abt. XXXIX, 369 S.	20,40 ℳ	
Roman. Abt. IV, 528 S.	26,60 ℳ	
XXIV. Band. 1903.		49.10 ℳ
German. Abt. XXVII, 467 S.	24,70 ℳ	
Roman. Abt. VIII, 480 S.	24,40 ℳ	
XXV. Band. 1904.		45.60 ℳ
German. Abt. IV, 433 S.	21,85 ℳ	
Roman. Abt. IV, 471 S.	23,75 ℳ	
XXVI. Band. 1905.		50.25 ℳ
German. Abt. V, 432 S.	21,85 ℳ	
Roman. Abt. IV, 564 S.	28,40 ℳ	
XXVII. Band. 1906.		45.80 ℳ
German. Abt. VI, 486 S.	24,60 ℳ	
Roman. Abt. IV, 420 S.	21,20 ℳ	
XXVIII. Band. 1907.		57.95 ℳ
German. Abt. XXII, 637 S.	32,95 ℳ	
Roman. Abt. IV, 496 S.	25,— ℳ	
XXIX. Band. 1908.		51.20 ℳ
German. Abt. VI, 484 S.	24,50 ℳ	
Roman. Abt. IV, 530 S.	26,70 ℳ	
XXX. Band. 1909.		53.10 ℳ
German. Abt. VI, 512 S.	25,90 ℳ	
Roman. Abt. XXIV, 520 S.	27,20 ℳ	
XXXI. Band. 1910.		59.20 ℳ
German. Abt. VII, 676 S.	34,15 ℳ	
Roman. Abt. VI, 495 S.	25,05 ℳ	
XXXII. Band. 1911.		78.20 ℳ
German. Abt. VIII, 600 S.	30,40 ℳ	
Kanon. Abt. 1. IX, 433 S.	22,10 ℳ	
Roman. Abt. XXVI, 488 S.	25,70 ℳ	
XXXIII. Band. 1912.		92.80 ℳ
German. Abt. XXXII, 675 S.	35,35 ℳ	
Kanon. Abt. 2. VI, 496 S.	25,10 ℳ	
Roman. Abt. V, 647 S.	32,35 ℳ	
XXXIV. Band. 1913.		94.— ℳ
German. Abt. VIII, 744 S.	37,60 ℳ	
Kanon. Abt. 3. VI, 650 S.	32,80 ℳ	
Roman. Abt. VI, 466 S.	23,60 ℳ	
XXXV. Band. 1914.		83.10 ℳ
German. Abt. XXXII, 654 S.	34,30 ℳ	
Kanon. Abt. 4. VI, 612 S.	30,90 ℳ	
Roman. Abt. VI, 352 S.	17,90 ℳ	
XXXVI. Band. 1915.		87.70 ℳ
German. Abt. LX, 656 S. u. 1 Tafel	35,80 ℳ	
Kanon. Abt. 5. VI, 560 S.	28,30 ℳ	
Roman. Abt. XVI, 456 S. u. 2 Tafeln	23,60 ℳ	

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.

XXXVII. Band. 1916.		82.90 ℳ
German. Abt. VIII, 734 S.	37,10 ℳ	
Kanon. Abt. 6. XII, 494 S.	25,30 ℳ	
Roman. Abt. VI, 378 S. u. 1 Tafel	20,50 ℳ	
XXXVIII. Band. 1917.		70.05 ℳ
German. Abt. LXXVIII, 464 S. u. 1 Tafel	27,15 ℳ	
Kanon. Abt. 7. XVIII, 404 S.	21,10 ℳ	
Roman. Abt. IV, 332 S.	21,80 ℳ	
XXXIX. Band. 1918.		48.55 ℳ
German. Abt. XXIV, 384 S.	20,45 ℳ	
Kanon. Abt. 8. VI, 304 S.	15,50 ℳ	
Roman. Abt. IV, 248 S.	12,60 ℳ	
XL. Band. 1919.		60.90 ℳ
German. Abt. VI, 402 S.	23,10 ℳ	
Kanon. Abt. 9. IV, 376 S.	19,— ℳ	
Roman. Abt. IV, 372 S.	18,80 ℳ	
XLI. Band. 1920.		62.60 ℳ
German. Abt. VIII, 540 S.	27,40 ℳ	
Kanon. Abt. 10. IV, 342 S.	17,30 ℳ	
Roman. Abt. XIV, 354 S.	17,90 ℳ	
XLII. Band. 1921.		90.20 ℳ
German. Abt. VI, 606 S.	30,60 ℳ	
Kanon. Abt. 11. IV, 508 S.	25,60 ℳ	
Roman. Abt. VIII, 670 S.	34,— ℳ	
XLIII. Band. 1922.		87.70 ℳ
German. Abt. CXIV, 488 S.	30,10 ℳ	
Kanon. Abt. 12. IV, 556 S.	28,— ℳ	
Roman. Abt. IV, 584 S. u. 1 Tafel	29,60 ℳ	
XLIV. Band. 1924.		91.70 ℳ
German. Abt. X, 502 S.	26,60 ℳ	
Kanon. Abt. 13. XXIV, 616 S.	32,— ℳ	
Roman. Abt. XII, 650 S.	33,10 ℳ	
XLV. Band. 1925.		93.55 ℳ
German. Abt. VIII, 570 S	28,85 ℳ	
Kanon. Abt. 14. VI, 652 S.	32,90 ℳ	
Roman. Abt. XX, 616 S. u. 1 Tafel	31,80 ℳ	
XLVI. Band. 1926.		87.80 ℳ
German. Abt. XXXIX, 586 S.	31,30 ℳ	
Kanon. Abt. 15. V, 607 S.	30,65 ℳ	
Roman. Abt. XVI, 501 S. u. 1 Tafel	25,85 ℳ	

Verlag von Hermann Böhlaus Nachfolger G. m. b. H., Weimar

eine Erörterung des Falles gestrichen, wo Damnationslegate im Spiele sind. Beispiel: Gaius (= tu) ex parte quarta heres esto. Titius ex parte quarta heres esto. si illud factum erit, Titius ex parte dimidia heres esto. Primo fundum Cornelianum do lego. Gaius Secundo centum dato. Titius Tertio centum dato. Nettowert des Nachlasses = 1200. Wert des fundus Cornelianus = 800. Wie ist die Rechtslage impleta condicione (Fall I)? Auf dem Viertel des Gaius liegen $^1/_4$ 800 + 100. Auf den drei Vierteln des Titius liegen $^3/_4$ 800 + 100. Secundus kriegt 75. Tertius kriegt $\frac{675}{7}$. Primus ist Eigentümer des fundus zu $\frac{150 + \frac{675 \cdot 6}{7}}{800}$. Wie ist die Rechtslage deficiente condicione (Fall II)? Auf der Hälfte des Gaius liegen $^1/_2$ 800 + 100. Auf der Hälfte des Titius liegen $^1/_2$ 800 + 100. Secundus kriegt 90. Tertius kriegt 90. Primus ist Eigentümer des fundus zu $\frac{720}{800}$. Pendente condicione (Fall III) kriegt oder hat jeder der drei Legatare so viel wie in demjenigen der beiden ersten Fälle, in welchem er schlechter als in dem anderen fährt.

(35. 2) 87 [4] Iul 61 dig. — praestare deberet. ⟨respondi nihil amplius quam semissis dodrantem⟩ [et placuit solida legata] eum praestare debere [: —].

Zu konservativ B II 120 III 54. — Placuit! — Efficerent: weshalb der Irrealis? — Sed hoc ita verum est, si ist ebenso verdächtig wie sed hoc ita, si. — Sed hoc ita verum est, si — si vero erinnert an si quidem — si vero. — Si filius antequam patri heres exsisteret decessisset: dieser Fall ist durch die Tatbestandserzählung ausgeschlossen. — Zu Julians Zeiten trägt der Vulgarsubstitut nur diejenigen Vermächtnisse, welche ihm selbst aufgelegt sind, im vorliegenden Falle aber testator a Titio nihil legaverat. Ja das rescriptum Severi et Antonini ist von den Klassikern auf Legate wahrscheinlich nicht ausgedehnt worden: B I 94sq II 54sq. — Non ampliora legata statt nihil amplius

legatorum nomine ist schief. — Quibus obligatus ist bedenkliches Latein. — Vgl Costa Bull 6 (1893) 313sqq.

(35. 2) 87 [5] Iul 61 dig. — ⟨non perinde erit⟩ [poterit — agendum] —, quia ⟨—⟩ [—]. — Poterit dici! — Agendum! — Semper ist sicher falsch. — Ponet: seltsames Futurum. Und weshalb wird die Tätigkeit als vom substitutus ausgeübt werdend vorgestellt?

(35. 2) 87 [6] Iul 61 dig. — [, deinde —].

(35. 2) 87 [7] Iul 61 dig. — [et] exheredatus — decessit. ⟨dixi⟩ [—] legata [ab eo relicta] praestanda esse habita ratione legis Falcidiae in his bonis, quae pater mortis tempore ⟨habuit⟩ [—].

Facultates statt bona: vgl de Francisci Rend Ist Lomb 48 (1915) 302, 304, 306. — Ad eum perveniant statt ad Maevium pervenerint. — Potest dici. — Mortis tempore reliquerit: kann man relinquere aliquid non mortis tempore? — Nec huic rell überflüssig und wunderlich. — Zu bescheiden B IV 237. — Kraft doppelter Anwendung des Satzes, daß die dem Pupillarsubstituten aufgelegten Vermächtnisse als dem pupillus bedingt aufgelegte gelten, werden die dem Maevius aufgelegten Legate auf den exheredatus substitutus, von dem auf den pupillus institutus zurückprojizirt.

(35. 2) 87 [8] Iul 61 dig. — [et semis — esset], ⟨non⟩ — remaneat ⟨, quamvis aliud dicendum sit⟩ [—], cum — ⟨adquirit⟩ [adquirat].

Semis statt pars: vorher ist von Hälften keine Rede. — Esset statt sit. — Licet — tamen. — Circa. — Nec aliter augebuntur, quam augentur: wunderliche Darstellungsart. — Augebuntur: unter allen Umständen?! — Augentur hat kein Subjekt. — Zu bescheiden B III 54.

(35. 3) 1 [3] Ulp 79 ed. — [testator] legavit, [sed] — ⟨et putat Titium centum et quinquaginta praestare debere. quod⟩ [utrum —] mihi videtur verius [—].

Eum: quem? — Secundum quod: B III 154sqq. — Eveniret statt evenit. — Est statt sit. — Secundum rell ist Unsinn. — Die Stelle ist erst von Trib an ihren heutigen Ort gesetzt worden.

V.

Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischem und justinianischem Rechte

[fr. 10 § 2 D. 2, 11 und fr. 33 D. 44, 7].

Von

Herrn Professor Dr. **Salvatore Riccobono**
in Palermo.

1. Die passive Vererblichkeit der Strafklagen findet im justinianischen Rechte nach denselben Regeln statt wie im klassischen Rechte. Regelmäßig tritt sie nur ein, wenn der Beklagte erst nach der litis contestatio gestorben ist, in besonderen Fällen aber schon dann, wenn es vor dem Tode zur bloßen conventio gekommen ist. Und das geschieht nicht bloß im extraordinären Prozesse, sondern auch im ordinären, nämlich in dem Falle, daß der Beklagte am festgesetzten Tage vor Gericht nicht erschienen und hernach gestorben war.

Daß die allgemeine Regel ins justinianische Recht unverändert übernommen worden ist, wird durch eine Anzahl von später anzuführenden Texten klargestellt, nach welchen die Vererbung der actio an die geschehene Litiskontestation gebunden ist. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß die Regel im klassischen Recht fest auf die Vertragsnatur der litis contestatio gegründet war, die für die Strafverfolgung einen neuen Titel schuf, wogegen im Recht des Corpus juris dieser innere Zusammenhang fehlt, weil die Umgestaltung der Schuld nunmehr nur noch als eine leere Überlieferung alten Rechtes ohne wesentliche Realität erscheint.[1])

---

[1]) Vgl. Boyé, La denuntiatio sous le principat (1922) S. 300. R. v. Mayr, Röm. Rechtsgeschichte IV S. 71.

Im übrigen fällt bei der Prüfung des Problems, das hier nur historisch und nicht dogmatisch behandelt wird, nicht ins Gewicht, daß die Litiskontestation jetzt in ein zurückliegendes und wenig hervorstechendes Prozeßstadium verlegt ist und daß überdies die meisten und bedeutendsten ihrer Wirkungen weggefallen sind oder wenigstens sich von Grund auf verändert haben. Was zu allererst ins Auge fällt, ist die Anzahl der Texte, die einheitlich die Litiskontestation voraussetzen, und der Wert, der ihnen im Corpus juris beigelegt werden muß. Ihnen gegenüber sind die Stellen, welche die Strafklage gegen die Erben auf Grund der bloßen Ladung zulassen, verschiedenartig und, soweit sie sich auf unser spezielles Problem beziehen, sehr vereinzelt; einige von ihnen machen der Auslegung große, noch nicht überwundene Schwierigkeiten. Die Hauptstelle ist ein ungeschicktes Flickwerk der Kompilatoren des 6. Jahrhunderts. Sie bietet dunkle, viel umstrittene Seiten und ist in ihrem wahren Sinn noch heute nicht erkannt.

Ihr Knoten läßt sich, glaube ich, leicht lösen, wenn man an sie eine andere (wiederherzustellende) Digestenstelle heranbringt, die uns instandsetzt, das klassische System, das die Kompilatoren ins Corpus juris aufzunehmen beabsichtigten, vollkommen zu erkennen.

2. Über fr. 33 D. 44, 7.

Die grundlegende und berühmte Stelle unserer Materie, welche eine Übertragung der Strafklage auf den Erben auf Grund der bloßen Vorladung annimmt, ist das fr. 33 D. 44, 7, entnommen aus Paulus 3 Decretorum. Um seiner selbst willen bemerkenswert, zieht der Text unsere Aufmerksamkeit auch darum auf sich, weil wir ihn im Titel de obligationibus et actionibus lesen, d. h. in demjenigen Digestentitel, den ich früher als den an Doktrinen reichsten bezeichnet habe und den in der Tat die Kompilatoren als ausführliche Einleitung zum Obligationenrecht mit besonderer Umsicht verfertigt haben. Reichtum und Bedeutung des Titels sind so groß, daß ich zu behaupten wage, daß, wenn dereinst die Kritik seine 61 Fragmente historisch und dogmatisch durchleuchtet haben wird, die römische Rechtswissenschaft

in ihrer ganzen Vollkommenheit erkannt sein wird. Dann wird auch das Corpus juris, wenigstens an den grundlegenden Punkten des klassischen und justinianischen Privatrechts, nicht mehr jene vielen schrecklichen und undurchdringlichen Geheimnisse bieten, von denen es immer noch voll ist.

Der Text lautet wie folgt:

Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo.

Die Auslegung der Stelle war zu allen Zeiten viel umstritten, aber ihr Wert hat sich heute im Hinblick auf verschiedene neue kritische und prozeßrechtliche Probleme beträchtlich verstärkt. Wir wollen sie vor allem im Zusammenhang mit der oben erwähnten Regel betrachten.

Den Text haben die Kompilatoren augenscheinlich aus der Paulinischen Vorlage zusammengeflickt, in der der Jurist, kaiserliche Dekrete erläuternd, die bekannte Regel mit den entsprechenden Besonderheiten darlegte. Das Machwerk der Byzantiner zeigt sich sofort in dem barbarischen, abgehetzten Bau des Textes: constitutionibus, quibus . . . placuit, si vivus . . . videri, quasi . . . und in dem Wort 'constitutionibus', das in diesem Werk, das die kaiserlichen Dekrete und Reskripte mit ihren Tatbeständen unmittelbar anzuführen pflegt, sonst nicht begegnet.[1]) In unserer Stelle lesen wir statt dessen eine abstrakte Formulierung, deren Auslegung die größten Schwierigkeiten bereitet hat. Auch ist das Vorhandensein einer constitutio oder gar mehrerer Konstitutionen in dieser Frage durchaus unwahrscheinlich[2]): die Unvererblichkeit der Strafklage war certissima regula iuris schon für Gaius, IV 112. Und was den neuen Satz (placuit) anbelangt, so werden wir sehen, daß er in Wirklichkeit der cognitio extra ordinem eigen war, aber auch in besonderen Fällen dem Honorarrecht, wenn der

[1]) Allerdings erscheint das Wort auch in D. 36, 1, 76, 1, aber hier bezieht es sich nicht auf den nachgesuchten kaiserlichen Entscheid, sondern auf einen Erlaß Hadrians, auf den sich eine Partei zur Stützung ihres Rechtsstandpunktes beruft.

[2]) Siehe schon Lotmar, Schweiz. Z. f. Strafr. 1918, S. 267.



Beklagte nicht in iure erschienen (deserto vadimonio) und nachher gestorben war.

Besonders aber ist der Plural „constitutiones" ohne die Namen der Kaiser sehr verdächtig. Ich möchte hierzu ein Beispiel anführen, welches genügend erläutert worden ist und sich im Fr. 8 § 1 D. 27, 7 befindet, wo es heißt: *sed constitutionibus subventum est.* Es ist Rotondis[1]) feiner Forschung tatsächlich gelungen, zu ermitteln, daß Paulus an diesem Orte die Reskripte von Severus und Antoninus anführen mußte, die wir im Cod. V, 53, 1 und 2 lesen, vgl. c. 4 ibidem. Damit ist nachgewiesen, daß die Kompilatoren kaiserliche Reskripte und Dekrete zusammenzuziehen pflegten, besonders dann, wenn sie genötigt waren, spätere juristische Entwicklungen in den Text einzuarbeiten. Dieses Beispiel muß im Auge behalten werden.[2])

Ostenditur im Sinne von beweisen, dartun ist sehr oft interpoliert[3]), doch ist es auch von den Klassikern gebraucht worden.[4]) In unserem Falle ist „dartun" die wahrscheinlichste Deutung. Das ostendere will besagen, daß solche kaiserlichen Dekrete nur Anwendung des geltenden Rechts, aber keine neue Rechtsschöpfung enthielten. Wie dem aber auch sei: sicher ist, daß das Verhältnis zwischen ostenditur und placuit zweideutig ist. Das placuit bezieht sich grammatikalisch auf constitutionibus, aber diese Beziehung ist schon durch den Ausdruck „quibus ostenditur" verbraucht, der den Inhalt der Konstitutionen auf die allgemeine Regel bezieht. So bleibt das placuit draußen. Man sollte es offenbar dahin verstehen, daß die Ausnahme von der Jurisprudenz

---

[1]) BIDR. vol. 25 p. 48—50. Zu der Interpolation des fragm. siehe auch Voet in Pand. ad tit. D. 27, 7, Gradenwitz, ZSS. v. 34 p. 256, und unten S. 111.

[2]) Zu beachten sind noch: Ulp. fragm. 1 § 19 D. 48, 18: *constitutiones posteriores ostendunt* — Macer fr. 1 § 3 D. 49, 8: *constitutiones demonstrant* ; —Ulp. Vat. fr. 149: *sacrae constitutiones docent.* Vgl. dazu fr. 6 § 2; 46 pr. D. 27, 1 und Huschke ad l. c. der Vat. fr.

[3]) Siehe Seckel-Heumann, Handlex. sub v. 'ostendere'.

[4]) Cicero: Stellen bei Merguet v. ostendere. Cfr. Gai IV, 84; Ulp. 4 § 12 D. 40, 5; 1 § 19 D. 48, 18 ostenditur; worauf sogleich die interpolierte Periode folgt: *sed ab hoc rescripto recessum constitutiones posteriores ostendunt.*



begründet wurde, als hieße es etwa: placuit ita interpretari. Aber das stimmt mit der wirklichen Entwicklung nicht überein. Der schlechte Schriftsteller hat den richtigen Inhalt seiner Vorlage nicht genau wiederzugeben gewußt.

Die alte Regel betonte die Unvererblichkeit der Strafklagen. Hier spricht man von poena. Das Wort verdient im Text besondere Hervorhebung, weil es Savigny[1]) veranlaßte, die zu seiner Zeit herrschende Meinung zu korrigieren und den Text auf den Fiskalprozeß statt auf den Privatprozeß zu beziehen. Aber wenn dem so ist, so entsteht ein neues Rätsel aus dem Satz: *quasi lite contestata cum mortuo*. Wenn es nämlich im extra ordinem-Prozesse weder formula noch litis contestatio gab, welche Notwendigkeit oder Nützlichkeit hätte dann die Analogie der litis contestatio bieten sollen?[2])

Placuit — sehr oft kompilatorisch, ein leicht und viel angewendetes Hilfsmittel für die verschiedensten nötig werdenden Berichtigungen der Texte.[3]) In den spärlichen Überresten des Werkes von Paulus findet sich dieses Wort achtmal, wovon es noch einmal sicher interpoliert ist, im fr. 27 § 1 D. 32: *placuit humanius interpretari.*

Poenae persecutionem transmissam videri — wem? oder gegen wen? Natürlich muß man verstehen gegen die Erben des Beklagten. Andere Stellen mit *poenam transire* sind interpoliert; vgl. fr. 16 § 2 D. 4, 2.[4])

Und zuletzt der abl. abs. mit der köstlichen Phrase *quasi lite contestata cum mortuo*, die von Bas. 50, 1, 32 bestätigt ist und sogar im zusammengezwängten Text das Ganze beherrscht.[5])

Die moderne Kritik hat zwar einzelne Elemente des Fragmentes angegriffen, aber doch in ungenügender Weise.

---

[1]) System VI, 19.

[2]) Siehe einstweilen Wlassak, Anklage und Streitbefestigung, in den Sitzungsberichten der Kais. Ak. d. W. in Wien Band 184 (1917); weiterhin nur als „Anklage" zitiert.

[3]) Vgl. Riccobono, ZSS. v. 43 p. 310 n. 3; Guarneri, Indice v. placere.

[4]) Vgl. Ferrini BIDR. v. 14 p. 218.

[5]) Siehe unten p. 115.

Und zuletzt hat kein Geringerer als M. Wlassak seine Echtheit eifrig verteidigt.[1]) In Wahrheit dürfte das Gesagte genügen, um die Stelle in den Limbus zu versetzen.

Die Auslegung der Stelle war, wie gesagt, zu allen Zeiten sehr schwankend und umstritten. Die Glosse hat zum Verständnis derselben das fr. 10 § 2 D. 2, 11 zu Hilfe gerufen mit den Worten: *vel dic ut supra* (l. 10 cit.) *ibi*, si non et cet. und sie hat in der Weise ihr den Wert eines Ausnahmefalles verliehen. Haloander verbesserte den Text, indem er las „non transmissam videri" und A. Augustinus[2]) wollte lesen „eo mortuo" statt *cum mortuo*. Unsinn.

Die herrschende Meinung vor Savigny folgte der Glosse in dem Sinne, wie ihn Glück[3]), Savigny[4]), Vangerow[5]) wiedergeben, daß der Ausnahmefall Platz griff, wenn die litis contestatio vom Gestorbenen absichtlich verzögert worden war. Savigny teilte zuerst[6]) die Meinung der Glosse mit dem ausdrücklichen Hinweis auf fr. 10 § 2 cit., später[7]) aber gab er die Heranziehung des fr. 10 § 2 auf und bezog unseren Text auf den Fiskalprozeß.[8]) Diese Auffassung hat Wlassak[9]) inhaltlich viel weiter und tiefer fortentwickelt. Auch Windscheid[10]) schließt sich Savigny an, um daraufhin die Notwendigkeit der Litiskontestation für das damals noch in Deutschland geltende gemeine Recht gegen eine mächtige Gegenströmung[11]) energisch zu betonen. Andere Schriftsteller folgen zwar der Glosse, finden aber im fr. 33 nicht eine bloße Analogie zur Litiskontestation, sondern eine wirklich geschehene Litiskontestation, indem sie dem quasi die Deutung = quippe, scilicet, utpote,

---

[1]) Anklage cit. S. 190ss. [2]) Emend. 1, 2.

[3]) Erläuter. VI S. 196 Anm. 97. [4]) System V S. 47, VI S. 19.

[5]) Pand. I § 145 nr. III S. 217: siehe auch Mommsen, Gesammelte Schrift. III S. 534.

[6]) System 5 S. 47. [7]) A. a. O. 6 S. 19.

[8]) Diese Meinung ist noch heute herrschend. Vgl. auch Bethmann-Hollweg, Zivilproz. II S. 482, 17; Naber Mnemos. 28 S. 439; Fliniaux, Rev. historique de droit (4e Ser.) II S. 97.

[9]) Anklage l. c. [10]) Actio S. 68.

[11]) Vgl. auch Vangerow l. c. S. 218.

quoniam, quia geben.[1]) Vangerow[2]) bezieht die Stelle wie Savigny auf den Fiskalprozeß, nimmt aber zugleich die alte Auslegung wieder auf, daß der Ausnahmefall dann einträte, wenn die litis contestatio wegen absichtlicher Verzögerung des Beklagten nicht hätte stattfinden können. Das sei — fügt er hinzu — der Sinn im justinianischen Rechte, und diese Bemerkung ist gewiß nicht zu tadeln. Wieding[3]) beschäftigt sich sehr weitläufig mit dem Problem. Er kritisiert Vangerow und versteht die Stelle wieder vom Privatprozeß[4]), obschon er an die „denuntiatio ex auctoritate" denkt, bei der, wie er meint, die Litiskontestation mit einer Fiktion an die Denuntiation angeschlossen wurde. Koschaker[5]) stimmt sachlich mit Savigny und Wlassak überein, hält aber den Schluß *quasi lite contestata cum mortuo* für eine Glosse.

Eine andere Richtung schlugen von alters her diejenigen ein, welche die Stelle auf das iudicium publicum bezogen.[6]) So letzthin Mommsen[7]), Lenel[8]), Kübler.[9]) Zu diesem Zweck beobachtete man, daß convenire = evocare auch für die cognitiones extraordinariae verwendet wurde. Das ist zwar richtig, aber nicht entscheidend. Die Kritik Wlassaks ist auch hier erschöpfend.[10])

Albertario[11]) endlich nahm eine im Gemeinen Recht

---

[1]) So schon die Glosse ad h. l. quasi. Expressivum est veritatis, et sic plana est haec lex. Ferner Ghiphanius Lect. Altorph. ad l. 33 S. 604. Siehe auch Wächter, Erörterungen III S. 113; Mommsen, Ges. Schrift. III S. 534.

[2]) a. a. O. III S. 217. [3]) Der justinian. Libellprozeß S. 366ff.

[4]) So auch Lotmar, Schweiz. Z. f. Strafrecht 1918 S. 267.

[5]) ZSS. 40 S. 365, 1.

[6]) Siehe schon Merillius, Observ. IV c. 2. Diese Meinung wird auch Faber sehr oft zugeschrieben. Aber in Wirklichkeit war Faber in großer Verlegenheit wegen der Begründung quasi, da er sehr richtig bemerkt, daß diese sich nur auf den Privatprozeß beziehen könne, der Text also de actionibus criminalibus ex privatis delictis descendentibus gehandelt haben müsse: Conj. VII, 20 Nr. 9.

[7]) Strafr. S. 392. [8]) Pal. I c. 965 n. 2.

[9]) Vocab. Iurisprud. I 1020, 9. [10]) Ankl. S. 196.

[11]) Rendiconti Ist. Lombardo Bd. 47 S. 505f., 565f.; ZSS. 35 S. 306, 1.

vielfach vertretene Doktrin[1]) wieder auf. Er unterscheidet zwei Stufen: im klassischen Recht habe sich die Strafklage von der litis contestatio ab, im neuen Rechte von der einfachen conventio ab vererbt. Also sei im fragm. 33 die Phrase „si conventus“ interpoliert an Stelle der litis contestatio und folglich der Schlußsatz eine Glosse. Wlassaks Kritik gegen diese Behauptungen ist gründlich und durchschlagend.[2])

Wlassak selbst schließt sich, wie gesagt, an Savigny durchaus an. Das fr. 10 § 2 cit., das im Widerstreit der Meinungen eine so entscheidende Rolle gespielt hatte, zitiert er nicht, und so findet er sich in schwieriger Lage. Ihm gebührt bekanntlich das große Verdienst, die schwierigsten Probleme des Prozeßrechts gefördert und großenteils auch gelöst zu haben. So hat er außer Zweifel gestellt, daß die litis contestatio dem iudicium publicum ganz fremd war und auch bei der cognitio extra ordinem nicht stattfand. Aber wenn dem so ist, dann ist es nicht denkbar, im fr. 33 die Analogie quasi lite contestata cum mortuo für möglich zu halten. Einen bloßen Vergleich können diese Worte nicht bezweckt haben, und was in den juristischen Schriften überflüssig ist, wird irreführend.[3]) Der Fiskalprozeß hat eigene Regeln und Ordnungen mit eigener Wirkung; ein Vergleich zwischen den beiden Prozeßformen hätte „disertis verbis“ ausgesprochen werden müssen. Die Annahme der Analogie ist bei Savigny allenfalls erklärlich, nicht aber bei dem großen Meister aller Prozeßrechte der Römer. Und es überrascht, daß er die absolute Echtheit des Textes und auch des quasi-Schlusses verteidigen konnte. Wlassak führt aus[4]): „Im übrigen kümmert uns hier nur die am Schlusse der Stelle genannte lis contestata, die der Jurist heranzieht, um eine Anknüpfung zu haben für die dem conveniri

---

[1]) Siehe die bei Vangerow l. c. Zitierten und besonders Voet ad tit. D. V, 1 § 149: Quin potius in ea lege Triboniani nostri manum me deprehendere puto, qui priscis hic adscripsit iurisconsultis id, quod demum constitutionibus posterioribus incepit obtinere.

[2]) Anklage S. 153f., 190f.

[3]) Vgl. auch Koschaker, ZSSt. 40 S. 366 Anm.

[4]) Anklage S. 195, 196.

beigelegte Kraft, Pönalansprüche erblich zu machen." Und weiter: „Verständigen Inhalt gewinnt also fr. 33 nur dann, wenn wir den Verfasser vom Rechtsverfahren A handeln und ihn sofort zur Vergleichung ein anderes, das Rechtsverfahren B, heranziehen lassen. Welches andere aber gemeint sei, darüber wird jetzt kein Zweifel mehr sein. Paulus kann bloß an die Streitbefestigung des Privatrechts gedacht haben."

Ganz richtig. Aber das ist keine einfache Auslegung des Textes, wie er in den Digesten steht, sondern eine Verbesserung desselben. Sie führt uns auf die Auslegung der Glosse zurück, die jedenfalls aus der Heranziehung des fr. 10 § 2 cit. Vorteile zog. Dieses Fragment gilt es nun zu betrachten.

3. Über fr. 10 § 2 D. 2, 11.

Wenn ich das fr. 33 für ein Machwerk der Kompilatoren halte, so will ich damit nicht sagen, daß es in seinem modernen unpassenden Gewande keine klassischen Elemente enthielte. Vielmehr stelle ich das Fragment in die umfangreiche Kategorie der von den Kompilatoren aus klassischem Material zusammengeflickten Texte.[1]) Und so glaube ich, daß der justinianische Text in ungeschickter Weise und unter Weglassung der historischen[2]) und technischen Einzelheiten die allgemeine Regel von der Unvererblichkeit der Strafklagen hervorhebt und nur noch leise auf die Ausnahmen deutet, die bei der cognitio extra ordinem und im Honorarrecht Platz griffen, und zwar letzterenfalls mittels einer Fingierung der litis contestatio, falls der Beklagte vadimonio deserto gestorben war.

Diese letztere Behauptung führt uns zur Betrachtung des fr. 10 § 2 desselben Paulus, das, wie wir wissen, die Aufmerksamkeit der Glosse auf sich zog. Paulus behandelte hier ex professo das Problem der Unvererblichkeit der Strafklage im Privatprozesse hinsichtlich der Injurienklage, und so sehr auch dieser Text von den Kompilatoren verstüm-

[1]) Vgl. meine Abhandlung „Fasi e Fattori dell'evoluzione del dir. romano" in Mélanges Cornil II S. 376.

[2]) Siehe oben S. 78, was ich über das Wort „constitutionibus" gesagt habe.

melt und verändert wurde, so bewahrt er trotzdem wertvolle Elemente zu unserer Belehrung.

Zum unmittelbaren Verständnis unseres Problems führe ich die ganze Stelle an, doch ist hier nur ihr Schluß von Interesse. Deshalb sehe ich davon ab, auf die Verstümmelungen, Veränderungen und Umsetzungen näher einzugehen, und verspare dies auf eine andere Gelegenheit.

Der Text lautet wie folgt.

10 § 2 D. 2, 11. Qui iniuriarum acturus est, *stipulatus erat* ante litem contestatam, *ut adversarius suus iudicio sistat, commissa stipulatione* mortuus est. non competere heredi eius *ex stipulatu* actionem placuit, quia *tales stipulationes propter rem ipsam darentur*, iniuriarum *autem* actio heredi non competit. quamvis enim *haec stipulatio iudicio sistendi causa facta* ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est: nam et defunctus si vellet omissa iniuriarum actione *ex stipulatu* agere non permitteretur ei. Idem dicendum esse et si is, cum quo iniuriarum agere volebam, *stipulatione tali commissa* decesserit: nam non competit mihi adversus heredem eius *ex stipulatu* actio, et hoc Iulianus scribit. *Secundum quod et si fideiussores dati erant, minime dabitur* in eos actio mortuo reo 〈. . . .[1])〉 Idem Pomponius. *si non post longum tempus* decesserit, 〈. . .[2])〉 quia si ad iudicium venisset, litem cum eo contestari *actor* potuisset.[3])

Der Hauptinhalt der Stelle bezog sich auf die Wirkungen der Desertion des Vadimoniums. Im ganzen mußte der Urtext sagen (und trotz Veränderung der technischen Wendungen sagt er es sachlich immer noch): wenn derjenige, welcher mit Injurienklage vorgehen wollte, vor der litis

---

[1]) Hier war eingefügt das fr. 55 D. 23, 3, welches von den Kompilatoren herausgerissen und verändert wurde. Siehe Lenel, Pal. I c. 1148 n. 8, aber auch weiter unten S. 86.

[2]) Siehe unten S. 86.

[3]) Ich habe die von der heutigen Kritik nur zum Teil festgestellten Interpolationen mit Kursivschrift wiedergegeben. Im übrigen verweise ich einstweilen auf Lenel, Pal. Paul. 1073, vol. I 1148 n. 3—10; Naber, Mnemos. Bd. 17, S. 120f.; Beseler, Beitr. III, 54; Wlassak, Prozeßformel, Berichte der Ak. der Wiss. in Wien 202 (a. 1924) S. 166 Anm. 29.

contestatio, aber nach der Desertion des Vadimoniums gestorben ist, oder wenn der, gegen den die Klage gerichtet werden sollte, in diesem Zeitpunkt gestorben ist, so ist alle Wirkung des Vadimoniums erloschen. Und wenn der Beklagte sponsores gestellt hat, so sind auch diese mit dem Tod des Klägers oder des Beklagten befreit; denn alle diese für die Ausübung und Sicherung der Injurienklage vorgesehenen Rechtsakte haben ihre Grundlage in der Klage selbst und hängen darum von ihrem Gegebensein ab. Ist diese also infolge des vor der litis contestatio eingetretenen Todesfalles untergegangen, so fallen auch alle jene Akte in sich zusammen.

Alles dies ist klar.[1])

Der hervorragendste Punkt, auf den ich die Aufmerksamkeit besonders richten möchte, wird von Paulus unter dem Namen des Pomponius berührt. Hier ist der Text sicherlich verstümmelt. Die Hinzufügung „*si non post longum tempus*" ist augenscheinlich und heute, wenigstens in der Hauptsache, von allen erkannt.[2]) Aber die sicherlich noch bemerkenswertere Verstümmelung ist dem Auge der

---

[1]) Vgl. Ubbelohde, Die Lehre der Unteilbarkeit der Oblig. S. 175. Indessen hat die moderne Kritik neue Probleme gestellt. Die schwankende Terminologie im Text: non competere — dari — non permitti — hat die Frage entstehen lassen, ob die actio vadimonii ipso iure oder nur mit Hilfe des Prätors verschwinde. Vgl. die in der vorigen Anmerkung angegebenen Autoren. Man muß sich jedoch gegen Beseler a. a. O. zugunsten des ipso iure Verfalles entscheiden. Denn jede Schuld setzt einen objektiven Rechtszustand voraus, dessen Wegfall auch die vorher vollendeten Rechtsakte hinfällig macht. So bei der stipulatio einer Dienstbarkeit, falls der Stipulant sein Grundstück verkauft hat: Paul. S. V, 7, 2; bei der dotis dictio des Vaters, wenn dieser die Tochter vor der Eheschließung emanzipiert hat (die Beweisführung dazu in meiner Dotis dictio); für das Vadimonium ist zu beachten Paulus S. 1, 13[a], 1: mortuo reo . . . periculo liberatur, obwohl der Text natürlich verändert ist (siehe ad l. c. Seckel und Kübler). Über fr. 4 D. 2, 8 siehe unten S. 90. Im ganzen gibt das fr. 10 von Paulus auch noch in seiner heutigen Gestalt die grundlegenden Sätze des klassischen Rechts wieder.

[2]) Siehe Ubbelohde bei Hartmann, Röm. Gerichtsverfass. S. 364 n. 45; Lenel, Pal. l. c. n. 8; Naber, Mnemos. Bd. 28 (a. 1900) S. 439.

modernen Kritiker entschlüpft. Faber[1]) dagegen hatte zu viel gestrichen.

Der Text sagt:

Idem Pomponius, *si non post longum tempus* decesserit, quia si ad iudicium venisset, litem cum eo contestari *actor* potuisset.

Ich vermute, daß die Ausführung des Paulus eingehender war. Sie hätte etwa lauten müssen: Wenn der Beklagte nach der Desertion des Vadimoniums, aber noch vor Ablauf des für die Klagerhebung bestimmten Jahres gestorben war, so konnte der Prätor eine gegen den Erben gerichtete Formel mit der Fiktion „ac si lis contestata fuisset" zulassen. Da Tribonian diesen ganzen Teil der Stelle aus den bekannten legislativen Gründen (Unterdrückung technischer Elemente, Verschmelzung des ius civile und honorarium)[2]) gestrichen hat, so ist im Text der ganze Tatbestand und die Entscheidung selbst verschwunden, und die Periode *si non* ... tritt nun als Ausnahme des Falles der *fideiussores* auf, gegen die die Klage „mortuo reo" nicht gestattet wurde. So Lenel.[3]) Aber gegen diese Anknüpfung ist viel zu sagen.

Abgesehen davon, daß jenes Stück sichere Anzeichen der Hand Tribonians trägt[4]), ist für mich die Beobachtung entscheidend, daß sich hier alsbald das anschließen mußte, was man im fr. 55 D. 23, 3 liest, wie auch Lenel treffend erkannt hat. Dann aber ist es nicht möglich, den Satz mit den Worten „*si non* ..." für eine Ausnahme des weitabgerückten Fidejussorenfalles zu halten.[5]) Wenn ferner der

---

[1]) Ration. ad Pand. ad h. l. Er verdächtigt den ganzen Schluß der Stelle [si non ... potuisset]; er verwendet jedoch lediglich logische Argumente, die er dem ersten Teil des Paulinischen Texts entnimmt. Faber war ein scharfer Exegetiker und Kritiker, aber den Mechanismus der Formeln konnte er schwerlich kennen.

[2]) Vgl. meine zit. Abhandlung „Fasi fattori cet." S. 261f.

[3]) Pal. l. c. n. 8.

[4]) *minime dabitur*, vgl. Beseler l. c., welcher aber zu viel streicht.

[5]) Lenel, Pal. l. c. stellt das fr. 55 cit. wieder her als ein entgegengesetztes mit „quamquam" eingefügtes Beispiel. Ich vermute dagegen, daß das Beispiel von derselben Gattung war, also einen analogen Fall behandelte, etwa „quemadmodum non tenerentur sponsores patris, qui dotem dixisset, si is ante nuptias decessisset (Beweisführung in meiner



Schluß eine Fiktion der Litiskontestation voraussetzt, so ist die Folgerung unabweislich, daß die Klage eben mittels der Fiktion gegen den Erben gerichtet werden konnte. Glücklicherweise setzt das die erhaltene Begründung außer Zweifel, sie führt sogar zu festen Schlußfolgerungen.

Die von Pomponius angeführte Ausnahme mußte mit ihren faktischen Voraussetzungen unzweifelhaft am Platze erscheinen und so zu einer weiteren Entwicklung der geprüften Rechtsfrage führen, die recht eigentlich den Charakter einer „quaestio" hatte. Die Begründung führt uns wahrlich ohne viel Einbildungskraft zur Wiederherstellung des verstümmelten Stückes, mit größerer Sicherheit noch, als wenn der Archäologe mit einigen Marmorstücken eine Statue neu belebt. Das kommt daher, daß die souveräne Kunst der römischen Jurisprudenz in ihren Entscheidungsgründen nicht nur die ratio decidendi zu geben, sondern auch die wesentlichen Voraussetzungen des Falles zusammenzuschließen weiß. In unserem Falle sind dieselben mathematisch genau zu bestimmen.

a) Ausbleiben der Litiskontestation durch Schuld des Beklagten (deserto vadimonio — wie in der vorausgehenden Ausführung des Textes).

b) Tod des Beklagten.

c) Prätorische Erteilung einer „formula ficticia", deren Elemente in der erhalten gebliebenen Periode sehr scharf hervortreten.

So lebt der Text von neuem in seiner ganzen Integrität und in seinem vollen Wert wieder auf. Nur zum Zwecke der Beweisführung versuche ich, denselben, wie folgt, wiederherzustellen.

Idem Pomponius, ⟨qui adicit, si is cum quo iniuriarum agere volebam, deserto vadimonio, antequam dies actionis exierit⟩ decesserit, ⟨aequum esse praetorem adversus heredem eius illam formulam „ac si lis contestata fuisset"

Dotis dictio). Die von Lenel vermutete Beziehung des fr. 55 cit. auf die actio rei uxoriae hat in unserem Texte keinen Anhalt.

mihi dare⟩, quia si ad iudicium venisset litem cum eo contestari potuissem.[1])

Diese Wiederherstellung, wie sie auch sei, beweist die von mir wiederholt betonte Wahrheit, daß die schwersten Mängel der Texte auf Eingriffe, Verstümmelungen und Zusammenziehungen der Kompilatoren zurückzuführen sind, die gezwungen waren, technische und formelle Elemente des Prozeßrechts wie des Zivilrechts zu streichen. Andererseits aber wurden die Rechtsnormen und Entscheidungen inhaltlich doch fast immer aufrechterhalten, obschon sie nun in unglücklicher oder auch stumpfer Form erscheinen. So in den bisher betrachteten Fragmenten 33 und 10 § 2.

Meine Wiederherstellung des fr. 10 § 2 bedarf jetzt weiterer Erläuterungen vom historischen, technischen und dogmatischen Gesichtspunkt aus, damit sie gegen jede Kritik geschützt sei.

1. Lenel[2]), der Ubbelohde[3]) folgte, bemerkt, daß die Phrase *post longum tempus* den Platz der anderen „post rerum actum" eingenommen habe. Doch zeigt Lenel einige Unsicherheit. Dagegen bemerke ich, daß man in unserem Falle nicht an den in vadimonio bestimmten Termin, in iure zu erscheinen, denken kann, weil der Beklagte als an diesem Tage noch lebend vorausgesetzt wird (si ad iudicium venisset *cet.*), und ebensowenig an die Prozeßverjährung, die ja erst von der hier gar nicht stattgehabten constitutio iudicii ab läuft.[4]) Statt dessen war bei der Injurienklage, welche „intra annum"[5]) zu erheben war, von vornherein die

[1]) Der Text der B.VII, 16, 10 ist gewiß aus den Digesten entnommen. Aber er ist in guter Ordnung, und es liegt die Vermutung nahe, daß Dorotheus bei der Übersetzung den genuinen Text vor Augen gehabt hatte. Vgl. Riccobono, Mél. Fitting II S. 163f. und BIDR. 18 S. 197f. Gewiß ist jedenfalls, daß nicht allein der Schluß der Stelle in erster Person steht: *ἠδυνάμην κατ' αὐτοῦ προκατάρξασθαι*; sondern daß derselbe auch dem vorhergehenden Falle der Desertion des Vadimoniums unmittelbar beigeordnet ist, so wie ich die Stelle wiederhergestellt habe.

[2]) Pal. l. c. n. 8. [3]) Apud Hartmann l. c.

[4]) Gai IV, 104: Wlassak, Proz. Ges. II, 28; Hartmann o. c. S. 432f.; Wenger, Inst. ZPR. S. 168.

[5]) Cod. IX. 25 c. 5. D. 44. 7. 35 [dazu Beseler, Beitr. IV S. 258]. Vgl. fr. 1 § 4 D. 2. 3: neque post annum neque in heredem datur.



Klagefrist zu beachten. Wenn nun seit der Tat mehr als ein Jahr verflossen war, konnte der Beleidigte keine Hilfe vom Prätor erlangen, da nur die Litiskontestation die Klage vor dem Erlöschen retten konnte. Andere prozeßrechtliche Akte waren hierzu untauglich.

Diese zeitliche Begrenzung wird denn auch in den Texten aus verschiedenen Gründen oft behandelt. Ich führe an:

fr. 3 pr. D. 2, 12: aut actionis dies exiturus est. Vgl. 1 § 2 D. eod. ut lis contestetur — 3 § 1 D. eod. aut actionis dies exiturus est.

fr. 28 § 4 D. 5, 1: sed si dies actionis exitura erit ... ut lis contestetur.[1])

fr. 10 D. 27, 6: et interea dies actionis exierit.

fr. 3 § 1 D. 42, 8: data opera ad iudicium non adfuerit ...[2]). Vgl. noch fr. 12 und 43 § 6 D. 3, 3.[3])

In unserem Falle also wurde vorausgesetzt, daß die Klage nicht schon wegen Ablaufs des Jahres verfallen war, weil nur dann der Prätor causa cognita eine Formel mit Fiktion geben konnte. Nabers Ersatz „*si non post conventionem*“ für *longum tempus* hat keinen Anhalt.[4])

Die Phrase *post longum tempus* und ähnliche sind an Stelle der Gesetzestermine, Fristen usw. oft interpoliert.[5])

---

[1]) Siehe übrigens über den Text Wlassak, Judikationsbefehl, Berichte d. Ak. d. Wissensch. Wien 197, 4 (a. 1921) S. 102; Provinzialproz., Berichte d. Ak. d. Wissensch. Wien 190, 4 (a. 1919) S. 66 n. 24; aber auch Lenel ZSS. 24 S. 338.

[2]) Zur Kritik des Textes siehe v. Woeß, ZSS. 43 S. 501. Ich halte denselben nur für zusammengezogen.

[3]) Vgl. Hartmann-Ubbelohde o. c. S. 432. Auch der Schluß des fr. 16 D. 1, 18 (placet) ist zu beachten: si quid tamen invito accidit, veluti si iniuriam aut furtum passus est, hactenus ei ius dicendum est, ut litem contestetur ...: Beseler, Beitr. 1, 5 hält diesen Teil des Textes für sachlich sehr verdächtig. P. Krüger ad h. l. zweifelt. Aber wahrscheinlicher ist, daß der Satz einer Zusammenfassung der Kompilatoren seine Fassung verdankt. Vieles darin ist also klassisch, wie die oben zitierten Stellen beweisen.

[4]) Mnemos. Bd. 28 S. 439.

[5]) Aber jeder Text verlangt eine Prüfung für sich. Hier kann ich nur einige Stellen anführen: fr. 18 pr. D. 5, 1 — fr. 24 D. 31 — fr. 58 D. 35, 2

2. Es ist wohlbekannt, daß in jedem Fall, in dem der Beklagte, sei es durch Nichterscheinen, sei es durch Vereiteln der Litiskontestation, die Verwirklichung der Klage zu hintertreiben suchte, der Prätor eingriff, indem er gegen den Böswilligen missio in possessionem (vgl. fr. 2 pr. D. 42, 4 — fr. 21 § 2 D. 4, 6 — Cicero pro Quinctio 19, 6)[1]) oder, je nach den Umständen, in integrum restitutio erteilte, siehe z. B. fr. 3 § 1 D. 2, 10, wo man die Begründung liest:

ne propter dolum alienum reus lucrum faciat et actor damno adficiatur.

Diese Begründung, auch wenn sie der Form nach nicht ganz echt[2]) ist, ist dennoch sicherlich klassisch.[3]) Sie erscheint noch berechtigter, wenn der dolus dem Beklagten selbst zugeschrieben wird.

Vielleicht empfiehlt sich auch die Vergleichung mit fr. 4 D. 2, 8, wo eine Klage gegen den Vindex gegeben wird, falls der Beklagte nach dem dies exhibitionis gestorben ist:

si autem post diem exhibitionis decesserit ... *utiliter agi potest.*[4])

Ich möchte mit Collinet[5]) den Schluß der Stelle für verändert halten, aber ihre Wiederherstellung ist nicht möglich, da sie eine genauere Kenntnis der Haftung des Vindex voraussetzt, als wir sie haben. Nur vermuten kann man, daß das *utiliter* an Stelle einer auf Fiktion bezüglichen Wendung eingefügt worden ist.

Und wenn sich nicht leugnen läßt, daß es eine Fiktion der Litiskontestation gab[6]), dann ist es natürlich, daß sie

— fr. 135 § 2 D. 45, 2. Über diesen letzteren vgl. Guarneri, Annali Sem. giur. Palermo Bd. XI S. 255. — Paulus S. V, 5ª 8, dazu Seckel-Kübler.

[1]) Vgl. Lenel, EP. S. 72f.

[2]) Die Kompilatorenhand ist sichtbar im vorausgehenden *competere*. Vgl. P. Krüger, ZSS. 16 S. 4.

[3]) Die moderne Kritik ist streng gegen solche Begründungen; aber zu Unrecht.

[4]) Siehe Lenel, Ed. S. 68f.

[5]) Von Dessertaux, Mél. Cornil I S. 191 Anm. 2 zitiert. Siehe über den ganzen Text Dessertaux selbst l. c. S. 188f.

[6]) Vgl. weiter unten S. 91. Vgl. außerdem, was ich über Tilgungen oben S. 88 gesagt habe.

sehr oft und in hervorragenden Fällen Verwendung finden mußte.[1])

Jedenfalls war die Angemessenheit und sogar Notwendigkeit, demjenigen zu helfen, der die Injurienklage erheben wollte, während der Beleidiger deserto vadimonio gestorben war, so dringend, daß man sie auch dann in Rechnung stellen müßte, wenn von ihr keine Spur in den Quellen zu finden wäre.

Die aktive und passive Unübertragbarkeit der Injurienklage vorausgesetzt, hatte der Tod des Beklagten vor der Litiskontestation in der Tat unvermeidliche Folgen. Die actio erlosch mit dem Tode einer Partei, und mit ihr erloschen alle zu ihrer Verwirklichung vorgenommenen Akte (vadimonium — sponsiones). Alles fiel in sich zusammen.[2]) Mit genauer Wendung sagen die Römer, daß diese

---

[1]) Es gibt denn auch Texte, die von iudicium (quod) redditur etiam in invitum sprechen. Mittels Fiktion? Siehe das fr. 83 § 1 D. 45, 1, darüber Guarneri BIDR. Bd. 33 S. 218f., welcher aber zu viel streicht; gemäßigter und der Wahrheit näher Schulz in ZSS. Bd. 43 S. 212, 213. Das Grundproblem der Durchführung einer Klage gegen einen invitus macht noch immer große Schwierigkeiten. Siehe die Glosse ad l. 83 § 1 zit. Wlassak, Anklage. Abwehr gegen Lotmar in Berichten der Ak. d. Wiss. in Wien (a. 1920) S. 16f. Im übrigen kann die Möglichkeit, daß auch im Privatprozeß mittels der Fiktion der Litiskontestation die gerichtliche Einsetzung eines iudicium in Abwesenheit des Beklagten stattfinden konnte, nicht, wie es heute gewöhnlich geschieht, ausgeschlossen werden. Vgl. vor allem Wlassak und Wenger (unten S. 92 zit.). Ferner Steinwenter, ZSS. 46 S. 376, 377; Levy, ibid. S. 368; Koschaker ibid. 40 S. 367. Jedenfalls gab es in der cognitio extra ordinem eine „pronuntiatio" in Abwesenheit des Beklagten [fr. 26 § 7 D. 40, 5; c. 7, 1^b Cod. 6, 49], und dies sollte zu einsichtigerer und höherer Wertschätzung der Texte mahnen. Über fr. 1 § 1 D. 2, 12 hat bereits Wlassak (Prov. S. 63ff.) viel Schönes geboten [siehe Mitteis, ZSS. 40, S. 363]. Aber das Resultat dieser Kritik kann nicht als Endpunkt gelten. Auch im Privatprozeß war oft das Ziel ohne Zwang nicht erreichbar. Die Fiktion der LC. konnte dazu dienen. Alles das leugnet ganz entschieden Wlassak (Provinzialproz. S. 43), der in diesem Punkte jede Möglichkeit einer Vereinigung des einen Systems mit dem anderen ausschließt. Die heute herrschende Meinung folgt allerdings Wlassak, durch dessen Kritik die Lehre von Keller und Lotmar als überwunden zu erachten ist. Aber die Quellen bieten immer wieder Gesichtspunkte, um die Probleme in ein neues Licht zu setzen.

[2]) Der Fall des fr. 10 § 2 bedarf also ernsterer Überlegung. Nach dem Verfall der actio iniur. konnte der Beleidigte keine Hilfe mehr erhalten,

Klagen „morte finiuntur, intercidunt, pereunt". Vgl. 29 D. 4, 2 — 32 pr. D. 35, 2 — Cod. 2, 22, 6.

Aber das Honorarrecht kann zu Hilfe kommen (vgl. „succurrere" im fr. 3 § 3 D. 2, 10 von Julian).

Jetzt erst können wir Gai. IV 112 vollständig verstehen:

Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aeque competunt aut dari solent. Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere: velut furti ...

Gaius sieht an diesem Orte ganz von der Litiskontestation ab.

Er beschränkt sich auf die Wendung „dari solere". Diese ist kein Füllwort, sondern hat einen besonderen Hintergrund. Sie kann dahin verstanden werden, daß der Prätor ohne die Litiskontestation keine Klage gegen die Erben zu geben pflegt, aber sie schließt die Möglichkeit nicht aus, daß er sie in besonderen Fällen doch erteilt.

Gaius weiß also sehr wohl, daß hier, wie immer, ein außerordentliches Eingreifen des Prätors möglich ist. Daher gilt die Ausschließung der Übertragbarkeit der Strafklage absolut für das Zivilrecht, aber nur relativ für das Honorarrecht, auch wenn dieses regelmäßig der Norm des Zivilrechts folgt.[1]) Der Prätor kann immer eine Klage geben und auch die Litiskontestation fingieren, wenn es nötig erscheint. Und ich glaube nicht, daß Wlassak, Wenger und die allgemeine Doktrin diese Möglichkeit auszuschließen beabsichtigen, wenngleich ihre strenge Ausdrucksweise bisweilen diesen Anschein erweckt.[2])

weder missio in possessionem noch in int. restitutio usw. Nur mit der Fiktion der Litiskontestation war ihm zu helfen.

[1]) Siehe auch Ulpian: fr. 1 pr. D. 47, 1.

[2]) Wlassak, Provinzialproz. S. 16f., 42; Wenger, Inst. ZPr. S. 101; vgl. Levy, ZSS. 46 S. 368. Wenger l. c. schreibt: „Sie (d. h. die LC.) kann nicht durch irgendein Surrogat ersetzt werden: der staatsrechtlich republikanische Grundsatz, daß nur der von den Bürgern zum Urteil über sie berufene Bürger urteilen darf, schließt jede Fiktion einer geschehenen Litiskontestation aus, wenn auch nur eine Partei nicht mittut ... hier versagt also jede direkte Einwirkungsmöglichkeit des Prätors." Das ist zuviel gesagt. Es gibt, meine ich, für die Ausübung der iurisdictio des Prätors keine

Auch bezüglich anderer Normen des Honorarrechts, z. B. für die in integrum restitutio bringt Gaius IV, 53 die Regel, und dann deutet er für besondere Fälle Ausnahmen an: exceptis quibusdam casibus. Fraglich ist, ob unter diese Ausnahmen auch die Möglichkeit einer dem „maior" zu erteilenden in int. restitutio zu rechnen ist.[1])

Ebenso folgt im fr. 38 § 1 D. 4, 4 auf die Regel „non solere . . . succurri" die bedeutende Einschränkung, daß den minderjährigen emanzipierten Söhnen in his quae omisissent manentes in potestate in besonderen Fällen i. i. restit. gewährt wird.

Endlich schreibt im fr. 111 D. 50, 17 derselbe Gaius:

In heredem non solent actiones transire quae poenales sunt.

Wiederum sieht er von der Litiskontestation ab. „Solere" hat hier seinen klassischen Wert, obgleich die Kompilatoren von diesem Wort (wie von „plerumque") weitgehenden Gebrauch gemacht haben, um die Texte zu modernisieren oder mit anderen in Einklang zu setzen. So lernen wir, daß, auch wenn die Formulierung des fr. 111 *cit.* den Kompilatoren angehört, das „non solent" sich doch vom Urtext ableitet.

Die Kritik muß sich heute daran gewöhnen, jedes Wort, jede Phrase und Periode des Textes im Hinblick auf Institut und Autor im einzelnen abzuschätzen und nicht bloß den Wortverzeichnissen zu trauen, die für das Studium des Corpus juris vielfach unheilvolle Wirkungen gezeitigt haben.[2])

---

privatrechtlichen oder „staatsrechtlich republikanischen Grundsätze", die unüberwindlich wären. Der Prätor kann zwecks Verwirklichung des richtigen Rechts den peregrinus als civis, den Verstorbenen als Lebenden, den Sklaven als Freien, den Sohn in potestate als Emanzipierten betrachten.

[1]) Die bezüglichen Texte können der Interpolationen allein wegen nicht ausgeschaltet werden; siehe Paul. S. 1, 9, 2 — fr. 24 pr. D. 4, 4. und Justinians Bestätigungen in C. 2, 46, 3 (a. 531) . . . sive maiores, secundum quod anterioribus sanctionibus vel veteris iuris vel nostris declaratum est. C. 2, 53, 7 (a. 531) . . . vel aliis legitimis causis quae veteribus legibus enumeratae sunt.

[2]) Die ernsten Mahnworte von Pringsheim (ZSS. 46 S. 351—52) sind immer im Auge zu behalten.



3. Bei der Wiederherstellung des D. 2, 11, 10, 2 habe ich die Phrase „ad iudicium“ aufrechterhalten, die Lenel in der Pal. und P. Krüger in der Ausgabe der Dig. beanstanden, weil sie in dieser Anwendung regelmäßig für „in ius“ eingeschoben sei.[1]) Aber Wlassaks[2]) Beobachtungen über die Terminologie bei Cicero und den klassischen Juristen sind erschöpfend. 'Iudicium' hat auch eine umfassende Bedeutung, welche den ganzen Prozeßgang von der Litiskontestation ab einschließt.

4. Ich habe das Wort *actor* getilgt, der genaueren Terminologie folgend, wie sie in unserem Texte fortwährend erscheint. Vor der Litiskontestation gibt es keinen *actor*, sondern nur den 'qui agere vult' und den 'cum quo agitur'.[3])

5. Die Echtheit der ganzen überlieferten Periode am Schlusse des fr. 10 § 2 wird gestützt durch den Vergleich mit einem Julianischen Texte, der jedoch keinen identischen Fall behandelt.

fr. 3 § 4 D. 2, 10 Iul. 2 dig.

. . . tanti enim mea interfuisse videtur, quia si venisset in iudicium, actio mihi centum adversus reum vel adversus heredem eius competebat.

Es scheint mir, daß der Text auch wegen der Phrase „vel adversus heredem eius“ bemerkenswert ist, die, wenn sie nicht überflüssig sein soll, sich auf eine Strafklage beziehen mußte, welche mittels der Litiskontestation auf den Erben übergegangen wäre. Hätten die Kompilatoren die Stelle verkürzt und die Erwähnung der Strafklage gestrichen, so würde der Zusammenhang des fr. 3 § 4 mit fr. 10 § 2 ganz eng erscheinen.

---

[1]) Schon Gradenwitz, Interp. S. 100.

[2]) Proz. Ges. I S. 26, II S. 43f. [wo er in unserem Text auch „ad vadimonium venire“ für möglich hält; so auch Naber, Mnemos. Bd. 17 S. 123]; Prozeßformel S. 116 Anm. 32; Provinzialproz. S. 37 Anm. 5, S. 64 Anm. 17; Wenger, Inst. ZP. S. 20 Anm. 6, S. 181 Anm. 1. Siehe auch Keller Litiscontestation S. 59 Anm. 4, S. 65 Anm. 10, wo er unsere l. 10 § 2 anführt.

[3]) Vgl. Wenger, Inst.. ZP. S. 78 Anm. 2; Wlassak, Proz. Gesetze II S. 33; siehe auch Gai IV, 88, ferner Paul. ad Plaut. fr. 15 D. 46, 8.



6. In den Gesetzen der nachklassischen Periode begegnet man auch, wie bekannt, der Vorstellung einer Fiktion der Litiskontestation.[1]) Diese Erscheinung ist sehr bemerkenswert und noch nicht aufgeklärt. Die kaiserlichen Gesetze dieser Periode stellen nämlich die precum oblatio[2]), die sola conventio[3]), die detentio[4]) der Litiskontestation gleich: litis contestationem imitatur ea detentio; so spricht noch Kaiser Justinus. Man beachte, daß Gaius IV, 111 gerade „imitatur" im allgemeinen für die Fiktion gebraucht. Die Erklärung dieser Fiktionsfigur ist jetzt für uns leicht. Sie findet sich schon bei Constantin[5]), d. h. sehr bald nach dem Verfalle des Formularprozesses und der Tätigkeit römischer Magistrate. Es liegt daher auf der Hand, daß sie von der Fiktion des Formularprozesses herkommt, deren Spuren wir im fr. 33 D. 44, 7: '*quasi lite contestata cum mortuo*' gefunden haben.

Dasselbe Phänomen haben wir bei der stipulatio festgestellt.[6]) Ihre feierliche Form wurde zuerst vom Prätor abgeschwächt mittels der Fiktion, daß die nicht gesprochenen Worte gesprochen seien.[7]) Von dieser Fiktion leitete sich ganz natürlich in der nachklassischen Praxis die Annahme her, daß die Schrift den gesprochenen Worten gleichzustellen sei. Auch bei der Stipulation begegnen wir den Worten *videtur*, *creditur*, *intellegitur*, *perinde haberi ac*[8]), ganz wie bei der Litiskontestation. Jetzt wissen wir endlich, daß die nachklassische Praxis und die Kompilatoren des 6. Jahrhunderts sehr oft mit Elementen des Honorarrechts arbeiteten, die, aus den klassischen Rechtssystemen herausgerissen, absonderlich erscheinen und daher von der moder-

[1]) R. Sohm, Die Litis Cont. S. 5, 65f.

[2]) C. Th. 1, 2, 10 (a. 396) dazu die Interpretatio, vgl. C. J. 1. 20. 1.

[3]) C. J. 7, 39, 7 pr. (a. 525). Vgl. Sohm a. a. O. S. 13f.

[4]) C. J. 7, 39, 7, 5.

[5]) C. J. 3, 19, 2, 1 (a. 331): tamquam lite ... ex die quo possessor ad iudicium vocatus est ... contestata ...

[6]) Vgl. meine Abhandlungen in ZSS. Bd. 35 S. 235f., Bd. 43 S. 262f.

[7]) Z. B. im fr. 4 § 3 D. 27, 7; Riccobono, ZSS. Bd. 43 S. 351.

[8]) Texte a. a. O. (vgl. die vorhergehenden Anmerkungen).

nen Kritik gern scholastischen Erfindungen zugeschrieben werden.[1])

4. Vergleich zwischen fr. 10 § 2 D. 2, 11 und fr. 33 D. 44, 7.

Nachdem wir so den Wert und die Form des fr. 10 § 2 festgestellt haben, scheint es zweckmäßig, das Fragment mit dem fr. 33 desselben Paulus zu vergleichen und so die Gedanken der großen Ausleger unserer Quellen — in erster Linie der Glosse — genauer zu entfalten.

Man könnte fragen: Was haben denn die beiden Texte miteinander gemein, daß sie eine engere Verwandtschaft nahelegen und sogar zu dem Wiederaufbau der vorliegenden Doktrin für das klassische wie für das justinianische Recht eine geeignete Basis bieten könnten? Ich antworte: was vorher ungewiß und nebelhaft war, ist jetzt in jeder Richtung

---

[1]) Weiter unten S. 107 werden wir die Litiskontestation des Justinianischen Rechts als eine Schöpfung der Rechtsschulen zu Berytus antreffen. Es kann nichts Verkehrteres geben als diese Meinung, und ich will an diesem Orte, um Wiederholungen zu vermeiden, ein für alle Male darüber den Stab brechen. So hat R. Sohm (junior) o. c. S. 107, Peters, Worten und Hypothesen folgend (Ehre dem Andenken der beiden tapferen jungen Gelehrten!), geschrieben: „Es liegt am nächsten, in der Rechtsschule von Beryt, dem Zentrum der Jurisprudenz des 5. Jahrhunderts, die Heimat und in den ἥρωες der zweiten Gelehrtengeneration vor der Generation Justinians die Schöpfer der neuen Theorie über den Zeitpunkt der litis contestatio zu vermuten." Siehe dagegen Fliniaux o. c. S. 194; auch Wlassak, Anklage S. 229 und Abwehr S. 52, 53, welcher die Lehre in erster Linie sehr richtig der Praxis zuschreibt, aber dann, zur Huldigung für den jungen Gelehrten, hinzufügt „und vielleicht von der Rechtsschule zu Berytus empfohlen" (S. 53 zit.). Mit Nachdruck zustimmend Koschaker, Z. 40 S. 370. So nimmt die Legende ihren Lauf. Aber diese Hypothese ist ganz parallel der Vermutung Rotondis (Scritti giuridici Bd. I S. 445, von Arangio Ruiz herausgegeben), nach welcher die berytische Schule die Schöpferin aller „praesumptiones" wäre. Siehe dagegen Riccobono, ZSS. 43 S. 315, 351, 363; Fasi e Fattori cit. S. 260, 269; Wenger, Inst. ZPr. S. 150, 289. Es liegt also auf der Hand, daß diese Erfindungen der modernen Kritik (bei aller Achtung vor den tüchtigen jungen Verstorbenen) sämtlich weit über das Ziel hinausgeschossen sind. Die Rechtsgeschichte ist eine zu ernste Wissenschaft, um solche Entgleisungen zu dulden. Die Zeit der märchenhaften Erzählungen nach Art der rerum memorabilium ist vorüber.

klar und verständlich. Betreffs des Inhalts des fr. 33 cit. lassen sich zwei Möglichkeiten denken.

1. Es ist möglich, daß Paulus im Urtexte mehrere kaiserliche Dekrete vorlegte, den Fiskalprozeß betreffend, in dem eine Litiskontestation nicht stattfand und die einfache „conventio" genügte, um die Übertragung der Strafe auf den Erben zu bewirken. Durch die neueste Literatur ist diese Annahme zur Gewißheit erhoben. In der cognitio extra ordinem, daher auch in der kaiserlichen Kognition, verbinden sich mit der conventio, evocatio (denuntiatio) viele, wenn auch nicht alle Wirkungen, die im Privatprozeß von der Litiskontestation ausgehen.[1] Daher geht hier nicht mit der litis contestatio, sondern mit der conventio die Strafklage allgemein auf den Erben über. Diese Tatsache ist wohl festzuhalten, wenn man die Entwicklung des römischen Rechts in seinen letzten Stadien verstehen will. Die Kaiser konnten das damals geltende Honorarrecht in ihren Dekreten anwenden und ausbauen, ohne die technisch prozeßrechtlichen Mittel des Privatprozesses zu gebrauchen. Demgemäß nehmen sie in ihrer Kognition ein einfacheres Rechtsanwendungssystem vorweg, das dann im Extraordinärprozesse allein herrschend wurde und so die Verschmelzung des Zivil- und des Honorarrechts zu einem einzigen Organismus vollendete.[2] Dasselbe ist von der cognitio extra ordinem aller Magistrate allgemein zu sagen.

So erklären sich kaiserliche Entscheidungen, die revolutionär erscheinen und doch im Wege von Fiktionen und anderen prätorischen Hilfsmitteln schon im Honorarrecht durchaus gewöhnlich waren.

Wenn das ius edicendi der Prätoren unter Hadrian aufgehört hatte, die Entwicklung des Rechts zu fördern, so war das jetzt die Aufgabe der Kaiser geworden. Diese Aufgabe haben sie mit vollem Verständnis für die neue

[1]) Vgl. Partsch, Praescriptio l. t. S. 41; Boyé, La denuntiatio S. 233f.; Wlassak, Anklage, *passim*.

[2]) Vgl. meine Abhandlung in Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphil. 16 S. 503f.

Zeit durchgeführt. Dies zeigt sich besonders unter der Dynastie der Severe, aber auch schon der Antonine, die mit Hilfe ihrer besten Juristen die Verschmelzung aller Rechte beschleunigten. Der Einfluß provinzieller Gewohnheiten wirkte hier natürlich stark mit.

Da dieses Thema von Grund aus erforscht zu werden verdient, will ich hier einige Beispiele einschalten. Es wird genügen, zwei kaiserliche Entscheidungen anzuführen, eine aus Paulus 2 decretorum (fr. 93 D. 28, 5), die andere aus Marcellus 29 dig. (3 D. 28, 4). Beide zerstören die Grundsätze des Testamentrechts, und doch sind sie echt und dem Geist des Honorarrechts nicht fremd, das mittels Fiktionen zu denselben Resultaten gelangte.[1])

2. Zweitens ist es möglich, daß Paulus neben Dekreten des Fiskalprozesses — aus Gründen des Zusammenhangs — analoge Beispiele der ordo iudiciorum privatorum anführte, in denen ebenfalls die Übertragung der Strafklage auf die Erben infolge der conventio stattfand und zwar mittels einer Fiktion der Litiskontestation. Es versteht sich dann sehr gut, daß die passende Ausführung des Juristen den kürzenden Kompilatoren Gelegenheit bieten mochte, den Kontrast zwischen den beiden Prozeßformen auszugleichen und so auf dem Wege der Ausnahme in besonderen Fällen die Vererbung der Strafklage an die Fiktion der Litiskontestation anzuknüpfen.

Für beide unter 1 und 2 dargestellten Hypothesen liefert das fr. 33 cit. hervorragende Elemente. Es hat drei Punkte mit fr. 10 § 2 cit. gemein und zwei abweichende Bestandteile.

Die gemeinsamen Bestandteile sind:

a) Die Strafklage geht in beiden Stellen auf Grund der bloßen Ladung (conventio) auf die Erben über.

b) Der Tod des Beklagten. Im fr. 33 wird jedoch die Tatsache des Todes nur mittelbar vorausgesetzt.

---

[1]) Es versteht sich, daß im fr. 3 § 1 D. 28, 4 die Entscheidung von den Kompilatoren geändert wurde: *nihilominus . . . quod videlicet — libertatis,* da sie in unmittelbarem Widerspruch mit der vorangehenden Entscheidung und mit deren Motivierung steht.

c) Die Fiktion, die in der Motivierung des fr. 10 § 2 ein lebendiges Ding ist, wird im fr. 33 zu einem Unding, das den Auslegern Kopfzerbrechen machen mußte — und dies aus einem uns wohlbekannten Grunde.

Die abweichenden Elemente sind:

a) Im fr. 33 die von Savigny[1]) hervorgehobene Erwähnung der „poena", die einen Fall des Fiskalprozesses nahelegt.

b) Das Schuldmoment ist im fr. 10 § 2 D. 2, 11 sehr wesentlich, da hier die Desertion des Vadimonium vorausgesetzt wird.

Die Erklärung der gemeinsamen wie der abweichenden Elemente findet sich in den oben besprochenen Hypothesen und wird im folgenden in noch hellerem Lichte erscheinen.

5. Das justinianische Recht.

Das erzielte Ergebnis ist nunmehr für die kritische und dogmatische Wertung der fr. 10 § 2 und 33 als Teile des justinianischen Rechtes nutzbar zu machen. Ich verhehle mir dabei nicht, daß dieses Problem, wie immer, ein viel schwereres ist. Denn das klassische System war organisch herausgewachsen aus einem massiven und mächtigen Stamm, und wenn es verschiedene Rechtsordnungen aufwies, so wirkten doch die besonderen Jurisdiktionen, Normen und Ausnahmen zu der Verwirklichung des Rechts harmonisch zusammen. Außerdem haben wir für die Grundliniendes klassischen Systems im Werke des Gaius einen ausgezeichneten Führer. Auf dem Gebiete des byzantinischen Rechts dagegen wird die Harmonie zur Verwirrung, die Kraft der juristischen Logik verliert ihre Macht, Jurisdiktionen und Normen verschmelzen sich mit einander und verwirren sich. So kommt es, daß bei allen Instituten und Doktrinen Zweifel und Unsicherheiten hervortreten, verursacht durch die Vermischung der Normen, der Prozeßformen, der alten und neuen Ordnungen; durch verschiedene und widerspruchsvolle Entscheidungen, die ja aus dem Tatbestandsgefüge der Originaltexte herausgerissen sind und deshalb der wesentlichen Unterscheidungs-

[1]) System VI S. 14.

merkmale ermangeln; endlich durch die Unzulänglichkeit des legislativen Werks.

Außerdem sind viele Auszüge und Zusammenfassungen der Kompilatoren bösartig und somit irreführend. Viele von ihnen haben neuerdings das Entstehen jener Legende veranlaßt, wonach die byzantinischen Rechtsschulen eine große und wirksame juristisch aufbauende Tätigkeit entfaltet haben sollen. Eine schlimme Legende, die aus unzureichender Erkenntnis der jahrhundertelangen und mächtigen römischen Rechtsentwicklung hervorgegangen ist.

Sind die Texte bösartig verwickelt, so fordern sie eine genauere Prüfung. Vor allem ist zu sehen, ob sie nicht von ungeschickten Zusammenfassungen herrühren und ob irgendwelche überlebenden Elemente des klassischen Systems aus ihnen zu entnehmen sind. Dafür hat der vorsichtige Ausleger zwei Orientierungspunkte.

Erstens muß er die jeweilige klassische Regelung nachprüfen, die, wenn auch nicht immer offensichtlich, in einzelnen Texten oder in Textgruppen Spuren zurückgelassen haben kann. Da die Kompilatoren sehr mechanisch und eilig arbeiteten, so wird die Hoffnung auf ein gutes Ergebnis niemals getäuscht. Die Erfahrung lehrt es. Um eine von den Kompilatoren begrabene Doktrin herauszubringen, genügt oft eine Phrase, eine Begründung, ein Vergleich, auch wenn sie an ihrem jetzigen Platze wertlos oder störend erscheinen.

Zweitens ist die Tendenz des Gesetzgebers des 6. Jahrhunderts im Auge zu behalten, die durch seine ausdrücklichen Erklärungen, durch die systematischen Interpolationen und hauptsächlich durch den sich jetzt allmählich klärenden Entwicklungsprozeß des neuen Rechtes genügend ins Licht gerückt ist.

Machen wir von diesem Leitfaden Gebrauch, so ist ersichtlich, daß fr. 33 D. 44, 7 im Organismus des Corpus iuris den Ausnahmecharakter bewahrt hat, den im klassischen Rechte der Originaltext besaß. Das fr. 33 ordnet sich, wie wir gesehen haben, mit fr. 10 § 2 D. 2, 11 gut zusammen: beide sind von den Kompilatoren interpoliert und zusammengeschweißt. Das heißt: die passive Vererbung der Strafklagen ist eine Folge regelmäßig der Litiskontestation,

ausnahmsweise der bloßen conventio. Die Ausnahme stammt von dem Extraordinärprozeß und vom Honorarrecht her, im letzteren durch Fiktion der Litiskontestation vermittelt.

Dieser Schluß stimmt in allem mit den besten Ergebnissen der neuesten Forschungen überein, nach denen sich, wenn nicht die Bedeutung so doch die Verwendung der Litiskontestation im justinianischen Rechte verstärkt hat.[1]) Tatsächlich wurde sie auf alle Prozeßgattungen ausgedehnt: auf das iudicium publicum des Kriminalrechts, auf die Extraordinärkognition und somit den Fiskalprozeß, auf die Interdikte, welche jetzt den Normen des gemeinen Rechts und des gewöhnlichen Prozesses folgen.

Und dies widerspricht nicht dem normalen Entwicklungsgang des byzantinischen Rechtes, wie vielleicht derjenige denken könnte, der die Litiskontestation lediglich als ein Überbleibsel des alten Rechtes ansieht. Allerdings führte die normale Entwicklung der prozeßrechtlichen Institute zur Bevorzugung des Systems und der Normen, die der cognitio extra ordinem eigen waren, weil diese sich durch progressive Ausdehnung mit allen ihren Attributen erweiterte und überdies vom staatsrechtlichen und prozessualen Standpunkt aus die Neuzeit verkörperte. Andererseits aber paßte sich in der nachklassischen Periode die Litiskontestation der Extraordinärkognition in allem vollkommen an. So verhält es sich fast bei allen Instituten des justinianischen Prozeßrechts, welches der extra ordinem cognitio seine hauptsächlichen Normen entnahm, aber gleichzeitig unter angemessener Umformung viele Elemente des ordo privatorum sich zu eigen machte.

All das fängt man an jetzt klarer zu sehen, hauptsächlich dank dem großen Werke Moritz Wlassaks. Aber es bleibt noch vieles zu tun übrig, insbesondere für die Litiskontestation, die doch schon seit einem vollen Jahrhundert ein mit Recht bevorzugtes Thema bildet. Ich kann hier nur in aller Kürze meinen Standpunkt darlegen.

---

[1]) Vgl. vor allem Wlassak, Anklage S. 148, 180f.; Wenger, Inst. ZP. S. 276f.; Koschaker, ZSS. 40 S. 369. – Siehe schon Eisele, ZSS. 15 S. 273.

Es ist schon festgestellt, daß die cognitio extra ordinem der Formel und der Litiskontestation ermangelte. So mußten sich in der Periode der extraordinaria iudicia sofort Zweifel und Abweichungen einstellen, wenn es den Moment der Litiskontestation zu bestimmen galt, an die die juristischen Texte die verschiedensten und wichtigsten Wirkungen knüpften.[1]) Der allmähliche Zusammenfluß aller klassischen Prozeßordnungen in das einzige System der Extraordinärkognition erklärt jene Unsicherheiten und Mannigfaltigkeiten. Gibt es in dieser Zeit Irrungen und Wirrungen auf allen Gebieten, so am meisten im Prozeßrechte. Nur ein Beispiel will ich aus älteren Quellen herausgreifen.

Die alte Regel des feierlichen Prozesses „nulla legis actio est de futuro" ist im klassischen Recht nicht allein bei der in iure cessio lebendig, sondern auch beim Formularprozeß. So schreibt noch Javolen im fr. 35 D. 5, 1: iudicium vero, antequam aliquid debeatur, (accipi) non posse. Nun heißt es in V. F. 49: (ususfructus) . . . ex certo tempore . . . an in iure cedi vel an adiudicari possit, *variatur*: videamus ne non possit cet. Hier erscheint also die Regel in Zweifel gestellt. Das *variatur* gehört sicher der nachklassischen Praxis an, die hierzu mannigfaltige Entscheidungen bot.[2]) Die Wendung des vatikanischen Texts ist bedeutungsvoll. Die justinianischen Konstitutionen bieten unzählige Fälle, in welchen von dubitationes, varietates, ambiguitates und Ähnlichem die Rede ist, und sie beziehen sich sehr oft auf prozeßrechtliche Probleme.

Dasselbe geschieht mit der Litiskontestation, die sich in jener Zeit in drei verschiedenen Fassungen offenbart:

a) Sie erscheint vollendet mit der in ius vocatio-conventio-denuntiatio, die sich nun durch Zustellung der Klageschrift vollzieht.[3])

b) Sie wird fingiert infolge der precum oblatio oder der conventio oder der detentio.[4])

c) Sie wird als vollzogen betrachtet in dem Moment, da die mündliche Verhandlung anfängt, d. h. wenn der

---

[1]) Vgl. Sohm l. c. S. 4.

[2]) Vgl. Riccobono, Studi Perozzi S. 367, 1.

[3]) Vgl. R. Sohm a. a. O. S. 94f. [4]) Siehe oben S. 95.

Beklagte vor Gericht seine Verteidigungsbehauptungen dem Kläger entgegenstellt. Diesen letzteren Begriff der Litiskontestation hat Justinian angenommen.

Die c. un. C. 3, 9 ist heute[1]) von allen als interpoliert anerkannt[2]), und zwar nicht nur am Schlusse: *lis enim . . . coeperit*, sondern auch im Anfang[3]), wo die Worte stehen: *si tantum postulatio simplex celebrata sit vel* . . .

Nach alledem ist — besonders gegen Sohms[4]) Endergebnisse — hervorzuheben, daß der Begriff der Litiskontestation und die Mannigfaltigkeit ihrer Formen sämtlich vom klassischen Recht herkommen; d. h. aus doppelten Prozeßsystemen, in denen je nach den Wirkungen und Rechtsinstituten verschiedene Normen galten.

a) Was die erstere Form betrifft, so ist es bekannt, daß in der cognitio extra ordinem die conventio regelmäßig so wirkte wie die Litiskontestation im Privatprozeß. Und auch im Privatprozeß gehen gewisse juristische Wirkungen, die nicht eigentlich zum Prozeßverhältnis zwischen den Parteien gehören, sondern Reflexwirkungen gegenüber Dritten darstellen, von der in ius vocatio aus.

Aus der cognitio extra ordinem ist das bemerkenswerteste Beispiel die querella inofficiosi testamenti, die sich auf Grund der bloßen praeparatio vererbt — falls die querella der cognitio extra ordinem unterstellt ist.[5]) Um Zweifel und Meinungsverschiedenheiten zu beseitigen, sind

---

[1]) Aber siehe schon Keller, Litisc. S. 63.

[2]) Wlassak, Anklage S. 150, 180, 228; Wenger, Inst. Z. P. S. 278; Berger, Grünhuts Z. 40 S. 1317; Boyé l. c. S. 249 Anm. 38; Koschaker ZSS. 40, 369; Fliniaux, a. a. O. S. 100; Steinwenter, Versäumn. Verfahr. S. 130 Anm. 4; R. Sohm l. c. S. 105f.

[3]) Zweifelnd Lenel, Ed. S. 61 Anm. 4, der an die Möglichkeit denkt, daß die postulatio sich auf die cognitio extra ordinem beziehe. Das scheint mir nicht möglich, weil das Reskript sicherlich den Privatprozeß betrifft. Vgl. c. 3 C. 2, 1 und Keller, a. a. O. S. 63; Wlassak ll. cc.; Koschaker, ZSS. 40 S. 369.

[4]) a. a. O. S. 63f.

[5]) Vgl. Eisele, ZSS. 15 S. 256f.; v. Woeß, Erbrecht S. 213f.; Wlassak, Provinzialproz. S. 38, 7; Fliniaux, a. a. O. S. 104; Koschaker, ZSS. 40 S. 366, 3.

die Kaiser eingeschritten, wie aus den fr. 6 § 2 und 7 D. 5, 2 ersichtlich ist.[1])

b) Für die zweiteKategorie, die dem Privatprozeß angehört, bieten sich viele und verschiedenartige Beispiele. Ich führe hier einige an, ohne jedoch auf nähere Einzelheiten einzugehen und ohne entgegengesetzte Meinungen zu erörtern oder zu bekämpfen.

α) Fr. 41 D. 35, 2 Paul. 9 ad Ed.

Dolo carere non videtur, si iam mota quis controversia hereditatis legata sine cautionibus det.

Selbst wenn man hier die Wendung „dolo carere" beanstanden will, so kann man doch die Entscheidung selbst nicht erschüttern: sie ordnet sich dem Schlusse des nicht beanstandeten fr. 4 § 2 D. 35, 3 vollkommen ein, wo ein victus possessor hereditatis auftritt, der dem Vermächtnisnehmer pecuniam hereditariam vel rem übertragen hatte. In diesem Sinne muß man auch unser fr. 41 cit. verstehen. Dagegen ist im fr. 17 D. 5, 3 der Fall besprochen, daß der possessor hereditatis etwas „de suo solvit". Die Wiederherstellung dieses Textes durch Ferrini[2]) ist korrekt. Aber zwischen den beiden Stellen 4 § 2 und 17 citt. gibt es keine Identität, weder in den tatsächlichen Voraussetzungen noch in der Entscheidung. Albertario[3]) hat beide vereinigt, ohne ihren Inhalt zu beachten, und so hat er die Einfügung von „controversia mota" statt „litis contestatio" auch für das fr. 41 cit. behaupten können.

β) V. Fr. 12 Papin. Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor restituere non cogetur. Vgl. fr. 19 § 1 D. 18, 6 und c. 24 C. 8, 44.[4])

γ) fr. 28 D. 25, 2. Si uxor rem viri ei, cui eam vir commodaverit, subripuerit isque conventus sit, habebit furti actionem, quamvis vir habere non possit.

---

[1]) Siehe schon Mommsen, Jur. Schriften III S. 534. Anders Albertario, ZSS. 35 S. 315, der jedoch nichts bietet, was diese heute allgemein angenommene Auffassung überwinden könnte.

[2]) BIDR. Bd. 14 S. 216. [3]) ZSS. 35 S. 311 f.

[4]) Vgl. darüber Guarneri, Annali Palermo Bd. 8 S. 436 und die dort Zitierten.



Daß in allen diesen Fällen das klassische Recht, um jene Wirkungen zu erzielen, die Litiskontestation hätte für nötig erachten können, ist nach meinem Dafürhalten nicht glaubhaft.

Indessen bildeten diese Besonderheiten gegenüber der Litiskontestation, von der allein alle regelmäßigen prozessualen Wirkungen ausgingen, gute Ausgangspunkte für die nachklassische Praxis, um an die bloße Ladung (conventio, denuntiatio, evocatio) weitere Rechtsfolgen anzuknüpfen.

Diese zweite Kategorie stammt von der Fiktion der Litiskontestation im Privatprozeß ab, wie ich das vorhin klargestellt haben dürfte.

c) Die dritte kommt wieder von der extra ordinem cognitio her, in der man, vice versa, sicher das Bedürfnis empfand, gewisse Wirkungen, die von der einfachen Ladung nicht abhängen konnten, an die mündliche Verhandlung vor dem Magistrate anzuschließen. In diesem Sinne ist das fr. 52 pr. D. 5, 1 von Ulpian 6 fideic. beachtenswert:

Sed et si suscepit *actionem fideicommissi* et aliis defensionibus usus hanc omisit, postea, quamvis ante sententiam, reverti ad hanc defensionem non potest.

Der Text beschränkt den Beklagten darauf, seine Verteidigungsmittel bei der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Magistrate vorzubringen. Eine solche Beschränkung konnte offenbar an einen anderen Moment überhaupt nicht angeknüpft werden. Und dieser Moment stimmt im wesentlichen mit der Litiskontestation des Privatprozesses überein. Der Text wird sehr oft in diesem Sinne verstanden und angeführt.[1]) Ich behaupte im übrigen, daß die Wendung *actionem fideicommissi* nicht klassisch ist. Es hieß etwa: suscepit „litem[2]) apud praetorem fideicommissarium". Die Kompilatoren haben die besondere cogni-

---

[1]) Vgl. Naber, Mnem. Bd. 28 S. 440.

[2]) cognitionem? Siehe aber Wlassak, Anklage S. 110, 30, S. 181. Koschaker, ZS. 40 S. 367. Betreffs des im Text behandelten Problems siehe ferner fr. 19 D. 2, 1 und 7 D. 5, 1 und hierüber Wlassak a. a. O. Ich halte im übrigen das cit. fr. 7 für einen kompilatorischen Auszug. Unrichtig Fliniaux o. c. S. 193, der die Wendung „actionem fideicommissi" verteidigt.

tio der fideicommissa fortwährend getilgt. Sie waren dazu genötigt.[1])

Nun ist außer Zweifel, daß wir der Bestimmung der Litiskontestation, wie sie von Justinian in der c. un. C. 3, 9 formuliert wurde, auch in den vorhergehenden Jahrhunderten begegnen, und zwar in einer vollkommneren Art und Weise.

So im Jahre 424, in einem Gesetz von Theodosius: Cod. Th. 4, 14, 1 . . . quia post litem contestatam in iudicium actione deducta habitaque inter partes de negotio principali conflictu.

Was R. Sohm[2]) gegen diese Auslegung der zitierten Worte sagt, ist nur eine feine Zusammenstellung von Subtilitäten.[3]) Die Wendung „in iudicium actione deducta", die vorausgeht, ist in ihrem klassischen Sinne gebraucht und beleuchtet sehr genau ihre Beziehung zur ersten mündlichen Verhandlung.

Im Jahre 363 schreibt Kaiser Julian:

C. Th. 2, 12, 1: post causam in iudicio publicatam utpote dominum litis procuratorem effectum.

Im C. J. 2, 12, 23 wurde *agitatam* anstatt publicatam eingefügt.

Beide Phrasen beziehen sich notwendig auf die mündliche Verhandlung, und die Entscheidung selbst entspricht ganz genau der Lehre des klassischen Rechts, wie sie sich aus fr. 4 § 5 D. 49, 1 ergibt.[4])

In dem Gesetz von Zeno (474—491) 3, 1[a] C. 12, 29 heißt es: in subeundis autem cognitionalibus certaminibus.

Justinian spricht natürlich ausführlicher und klarer:

Cod. 3, 1, 14, 4 (530): cum lis fuerit contestata, per narrationem propositam et contradictionem obiectam in qualicumque iudicio.

C. 2, 58, 2 pr. (531) nisi per narrationem et responsionem.

C. 3, 9, c. un. lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.[5])

---

1) Siehe Riccobono, Fasi e Fattori cit. S. 370.
2) a. a. O. S. 100f.
3) Dagegen auch Fliniaux, a. a. O. S. 195 und die dort Zitierten.
4) Vgl. Fliniaux, a. a. O. S. 195. 5) Oben S. 103.

Eine so alte ununterbrochene Überlieferung der Begriffsbestimmung der neueren Litiskontestation den orientalischen Rechtsschulen zuschreiben zu wollen, ist vergebliche Mühe.[1])

Vielmehr ist zu sagen, was sonst nur Wlassak sehr gut angedeutet hat, daß Justinian bezüglich der Litiskontestation „unter dem Einfluß der klassischen Prozeßlehre stand".[2]) Das ist, meine ich, ohne Vorbehalt und noch präziser festzuhalten. Die neue Litiskontestation kommt aus der Praxis der cognitio extra ordinem; sie war in der nachklassischen Periode immer lebendig. Daß diese Litiskontestation nicht die alte des Formularprozesses sein konnte, ist selbstverständlich. Aber sie war auch im Formularprozeß nicht mehr jener feierliche Akt, der ihr einst den Namen verliehen hatte. Das Wesen der Dinge verändert sich, aber die Namen bleiben bestehen. So schreibt Machiavelli „Nel presente non tutto è vivo, molto anzi è fossile, e come fossile dura nei vocaboli buon tratto, poichè l'entità reale della cosa è già morta."

Im übrigen will ich über den Namen zwei Bemerkungen hinzufügen:

Erstens, daß die Litiskontestation des justinianischen Rechts im wesentlichen mit der des alten Privatprozesses übereinstimmt und daß sie sich daher auch jetzt noch von der in ius vocatio, conventio, evocatio, denuntiatio und dergleichen wohl unterscheidet. Gerade die c. 1 Cod. 3, 9, weithin interpoliert[3]), ist in diesem Sinne entscheidend.[4])

Zweitens, daß im justinianischen Recht sich eine kräftige Wiederbelebung der Terminologie des klassischen Rechts offenbart, als Frucht eifrigen und systematischen Studiums der römischen Rechtsquellen in den orientalischen Rechtsschulen und als Offenbarung jenes Kultus, den

---

[1]) Siehe oben S. 96. [2]) Abwehr S. 52. [3]) Oben S. 103.

[4]) Vgl. Wlassak, R.-Enz. v. actio Bd. I c. 306 und die dort Zitierten; Anklage S. 148f., 228; Judikationsbefehl S. 128; R. v. Mayr, Röm. Rechtsgesch. IV S. 69; Wenger, Inst. ZP. S. 278. Dagegen Albertario, Rendiconti cit. Bd. 47. S. 573; aber A. hat in dieser ganzen Frage weder der Entwicklung des Prozeßrechts noch der Terminologie, die der cognitio extra ordinem eigen war, noch endlich den Normen dieser Prozeßart Rechnung getragen.

Justinian „reverentia" nennt und den seine Mitarbeiter wahrlich im höchsten Grade zeigten, sowohl gegenüber dem Recht wie gegen alle römischen Juristen. Auch dies also wirkte in der Kompilation wie ein Gegenstoß, der sich in unserem Falle wie in vielen anderen besonders im Terminologischen und Formellen äußert. Früher schon[1]) habe ich dieser Kraft die seltsame Bevorzugung der „stipulatio" vor der „obligatio literis" zugeschrieben. Auch Worte und Formeln haben ihre Schicksale. Aber die Rezeption der alten Terminologie hatte für die Kompilatoren jedenfalls dén unschätzbaren Vorteil, daß er ihnen den freieren Gebrauch der römischen juristischen Schriften ermöglichte und erleichterte.

Und wenn somit Justinian die Litiskontestation auf alle iudicia[2]) ausgedehnt hat, so schuf er damit nichts Neues, noch erweckte er Totes wieder zum Leben; sondern er beseelte und ordnete von neuem ein in Verwirrung geratenes Institut. Wie anderswo so tappt auch hier die Gesetzgebung der byzantinischen Zeit im Dunkel, ohne Führer von Fall zu Fall vorschreitend, sich stets widersprechend und berichtigend in allen Materien; so im Dotalrecht[3]), bezüglich der Form der Schenkung[4]) usw.

Die Verbesserung, die man in der justinianischen Gesetzgebung bemerkt, ist also die Folge vollkommenerer Kenntnis und geschickterer Verwendung der römischen Rechtsquellen.

6. Die Übertragung der Strafklagen auf den Erben als Wirkung der Litiskontestation.

Indem wir jetzt auf unser Thema zurückkommen, müssen wir nun den Beweis liefern, daß die Vererbung der Strafklagen im justinianischen Recht mit der Litiskontestation ebenso verbunden blieb wie im klassischen Rechte. Die, wie immer, genauen Forschungen von Wlassak machen mir diese Aufgabe sehr leicht. Die These wird durch

[1]) Vgl. ZSS. 43 S. 307f.
[2]) Vgl. C. 3, 1, 14, 4: in qualicunque iudicio.
[3]) Vgl. Mitteis, Reichsrecht S. 241f.
[4]) Vgl. Riccobono, Mél. Girard Bd. II S. 447f.

die Zahl der Texte an sich und durch ihr Gewicht im System des Corpus juris ganz und gar außer Zweifel gestellt. Tatsächlich bemerkt man bald, daß jene Texte von den Kompilatoren nicht aus Versehen, wie es bei längeren Fragmenten oft geschah, hier und dort aufgenommen worden sind, sondern daß sie an hervorragenden Punkten und in den verschiedensten Teilen des Corpus juris sehr oft auch in kurzen, isolierten Perioden und häufig von den Kompilatoren selbst formuliert erscheinen.

Diese Beobachtung ist für die Auslegung des Corpus juris entscheidend. Denn der Ausleger muß zwar die Kritik der Texte für die Rechtsgeschichte verwerten, in erster Linie aber doch aus ihnen die Prinzipien und Normen des neuen Rechts entnehmen.[1]) Welch anderen Zweck könnte die Kritik überhaupt haben? Den, Justinian zu schmähen, wie es vordem geschah, oder den, das Werk der byzantinischen Rechtsschulen zu rühmen, wie man es heute tut?

Indessen ist es angebracht, hier die Hauptstellen durchzusehen, unter gelegentlicher Heranziehung anderer, die sich nicht auf das engere Thema beziehen, sondern auf das weitere soeben besprochene Problem.

fr. 59 D. 44, 7 Callistratus C. 1 edicti monitorii.

Sciendum est ex omnibus causis lites contestatas et in heredem similesque personas transire.

Kurzer Text, sicher kompilatorisch: *sciendum est*[2]) — *ex omnibus causis*[3]) — *lites*[4]) *contestatas transire*; die Klassiker sprechen immer von „actio post litem contestatam". Hier handelt es sich nicht um die translatio iudicii. Auch im C. Th. 5, 16, 1, 5 (a. 419) begegnet man der Wendung: contestatas lites ... salvas ... esse decernimus. Außerdem befindet sich der Text im Titel 44, 7 der Digesten, also in der Nähe unseres fr. 33.

---

[1]) Vgl. Riccobono, ZSS. 43 S. 388f.

[2]) Eine sehr häufig von den Kompilatoren angewendete Wendung, vgl. Riccobono, Fasi e Fattori cit. S. 274.

[3]) Siehe auch für diese Wendung Fasi e Fattori cit. S. 285 und sonst.

[4]) Für das Wort „lis" siehe Wlassak, Judikationsbefehl S. 104.

fr. 86 D. 50, 17 Paul. 7 qu. Non solet deterior condicio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non essent, sed *plerumque* melior.

Plerumque interpoliert. Siehe den folgenden Text.

fr. 87 D. 50, 17 Paul. 13 qu. denique post litem contestatam heredi quoque prospiceretur et heres tenetur *ex omnibus causis.*

Ex omnibus causis Trib. Zwischen dem *plerumque* des vorigen Textes und der Phrase *ex o. c.* ist der Widerspruch scharf. Der Originaltext sollte statt dessen an beiden Orten sagen: in his actionibus quae tempore vel morte pereunt. Den Beweis liefert derselbe Paulus in demselben Werke:

fr. 29 D. 46, 2 Paul. 24 qu.

lite contestata, neque enim deteriorem causam nostram facimus actiones exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt.

Die drei Texte des Paulus drücken alle denselben Gedanken aus, der im zuletzt zitierten Text in viel echterer Form angegeben ist. Bemerke das „solet dici". Die Anwendungen des Sprichworts befinden sich alle im Einklang miteinander. Siehe unten, und außerdem:

fr. 9 § 3 D. 12, 2 Ulp. 22 ad ed. Si is qui *temporaria actione*[1]) mihi obligatus erat ... tempore non liberatur, quia (et) post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.

fr. 1 § 2 D. 2, 12 Ulp. 4 de omn. trib. ... scilicet si res tempore peritura sit, ... cogendi quidem sumus ad praetorem venire ... ut lis contestetur.

fr. 3 pr. eod. Ulp. 2 ad ed. Solet etiam ... ius dici ... de rebus quae ... tempore vel morte periturae sunt. morte: veluti furti ...[2])

fr. 3 § 1 eod. item si res ... aut actionis dies exiturus.

fr. 24 pr. D. 40, 12 Paul. 51 ad Ed. ... *quid enim si quae tales sint, ut tempore aut morte intereant? quare non concedatur ei litem contestando in tutum eas redigere?*

---

[1]) Vgl. Gradenwitz, ZSS. 34 S. 257f.

[2]) Darüber Lenel, ZSS. 39 S. 126.



Kompilatorisches Machwerk[1]), wovon hier die Gründe nicht zu erforschen sind. Es ist aber sicher, daß Tribonian mit der Terminologie und den Instituten des Ordo iud. privatorum arbeitete.

fr. 111 § 1 D. 50, 17 Gaius 2 ad ed. prov. In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt.[2])

fr. 8 § 1 D. 27, 7 Paul. 9 resp. ... nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur.

Formell kompilatorisch, dem Inhalt nach klassisch.[3])

fr. 28 § 2 D. V, 1 Paul. 17 ad Plaut. ... quia hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit.

fr. 45 D. 6, 1 Ulp. 68 Ed. ... inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam.

Der ganze Text ist zusammengepreßt, der Schluß von den Kompilatoren formuliert.

fr. 35 § 1 D. 34, 2 Paul. 14 resp. Item quaero, *si lite contestata* praetor ita pronuntiavit.[4])

fr. 139 D. 50, 17 Gaius ad ed. prael. urb. Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent.

Inclusae iudicio d. h. in der Formula. Echte Wendung, siehe lex Rubria: in eo iudicio ... includantur. In unserem Text ist also vorausgesetzt, daß die Formula mit der Litiskontestation von den Parteien übereinstimmend angenommen wurde.

fr. 164 D. 50, 17 Paul. 15 ad Ed. *Poenalia iudicia* semel accepta in heredes transmitti possunt.

Kompilatorische Formulierung. Aber „iudicium acceptum" ist klassische Wendung für die Litiskontestation. Lis inchoata, coepta erhält in vielen Texten die klassische Bedeutung aufrecht.[5])

---

[1]) Vgl. Beseler, Beitr. 1 S. 67. [2]) Siehe oben S. 93.

[3]) Gradenwitz, ZSS. 34, S. 256 „wortgetreu, aber nicht ortgetreu"; Wlassak, Anklage S. 191 A. 5; Rotondi, BIDR. 25 S. 48; Albertario, Rendiconti cit. 47 S. 513.

[4]) Vgl. Koschaker, ZSS. 40 S. 366, 4; Fliniaux, a. a. O. S. 110, und das, was ich oben S. 106 Anm. 1 gesagt habe.

[5]) Über die Bedeutung dieser Worte siehe Wlassak, Proz. Ges. II S. 33.

Inst. IV, 12, 1 . . . poenales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis *principalibus* (?) personis fuerint contestatae, et heredibus dantur et contra heredes transeunt.

vgl. Gaius IV, 112, 113; aber die angeführte Periode ist kompilatorisch.[1])

Spezielle Klagen.

a) Actio iniuriarum. fr. 13 pr. D. 47, 10 Ulp. 57 ad Ed. . . . semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad *successores* pertinere.

fr. 28 D. eod. Paul. 34 ad Sab. Iniuriarium actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur.

Vgl. fr. 32 pr. D. 35, 2, wo die Erwähnung der Litiskontestation fehlt. Die Glosse hat sie voraussetzen wollen. Aber das Problem von der actio poenalis, die sich in bonis des Klägers befindet, wird unabhängig von der Litiskontestation dargelegt, und überdies fehlt es nicht an einer virtuellen Andeutung in der Periode: etenim ea demum obligatio rei bonis deminutionem praestat, quae in heredem transit. Vorher wurde im Text gesagt, daß die iniur. actio mit dem Tode des Beleidigten untergeht: ipsa simul cum eo intercidit.

b) Actiones populares (wohl nicht Strafklagen).

fr. 12 pr. D. 50, 16 Ulp. 16 ad Ed. quod si ex populari causa, ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse.

c) Interdicta.

Inst. IV, 15, 4[a]. hodie tamen aliter observatur . . . ut ille vincat . . . qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario *litis contestatione tempore detinet.*

Gaius IV, 150 schreibt: eo tempore quo interdictum redditur.[2])

Aus dem Codex:

c. 1 C. 4, 17 Diocl. et Max. (294). Post litis contestationem eo qui . . . deliquit defuncto successor . . . eius in solidum . . . conveniri.

---

[1]) Krüger (Ed. 14[a]) ad h. l.; Ferrini, BIDR. 13 S. 200.

[2]) Siehe Krüger, Inst. cit. ad h. l.; Wlassak, Anklage S. 149.

C. 4 § 1 C. 5, 53 Gordianus (238). Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis, transferentibus in heredes eius actionem ...

1 C. 5, 54 Severus et Ant. (197). Heredis tutores ob neglegentiam [. . . . .] condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est.[1])

Natürlich sind Justinians Konstitutionen bedeutungsvoller, da der Kaiser in ihnen teilweise Reformen des geltenden Rechts vornimmt.[2])

Zu beachten sind:

13 Cod. 3, 1 Just. (a. 530). § 1 lites ... non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas. 2. ... triennii metae post litem contestatam ...

16 C. 3, 1 Just. (a. 531). ... licere litigatoribus iudices, antequam lis inchoetur, recusare ... cum post litem contestatam ... neque recusare posse.

2 C. 2, 58 Just. (531). pr. non aliter ... nisi post narrationem et responsionem ... ipsae principales personae subeant sacramentum. 10. ... vel post litem contestatam ...

3 C. 9, 44 Just. (529). Criminales causas omnimodo intra duos annos a contestatione litis ... finiri censemus.

28 C. 8, 40 Just. (a. 531). Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur.

Auch in den Novellen ist die Bezugnahme auf die Litiskontestation nicht selten.[3]) In ihnen unterscheidet sie sich noch von der missio libelli Nov. 53 c. 3, 4; Nov. 96 c. 1, 2; sie vollzieht sich vor dem Magistrat: Nov. 53 c. 3; Nov. 60 c. 2; Nov. 82 c. 9, 10; in dem Moment, in welchem Kläger und Beklagter das iudicium annehmen: Nov. 53 c. 3.

Das Problem von der Übertragbarkeit der Strafklagen ist also im klassischen und im justinianischen Recht übereinstimmend entschieden. Auf die anderen Punkte, die die Litiskontestation betreffen, näher einzugehen, ist hier nicht

---

[1]) Siehe oben S. 111 Anm. 5.
[2]) Ein Verzeichnis aller Konstitutionen gibt Sohm o. c. S. 70f.
[3]) Vgl. Wlassak, Anklage S. 146 Anm. 11.

der Ort. Denn bei dieser sind, wie gezeigt, noch schwere Probleme zu lösen, aber einstweilen genügt für sie der Hinweis auf die in dieser Abhandlung so oft zitierten neuen und ausgezeichneten Arbeiten, vor allem auf die von Wlassak. Diese Autoren haben einmütig aufgeklärt, was uns hauptsächlich interessiert: daß die Litiskontestation im nachklassischen Recht immer lebendig war und daß Justinian sie neu belebte, indem er sie von der verwirrenden Vielgestaltigkeit erlöste. Im übrigen bieten noch viele Punkte Gelegenheit zu weiterer Nachforschung.

Schluß.

Ich schließe kurz. Die beiden Fragmente 10 § 2 D. 2, 11 und 33 D. 44, 7 waren im klassischen System ganz klar, insofern das erste sich auf den Privatprozeß bezog, in dem die Fiktion der Litiskontestation in Ausnahmefällen stattfand; das zweite betraf den Fiskalprozeß, vielleicht unter gleichzeitiger Erwähnung der Fiktion des Privatprozesses. Und wenn es wahrscheinlich ist, daß das fr. 33 im Original die beiden Kategorien der Ausnahmefälle enthielt — vereinigt nicht nur durch die Identität der Materie, sondern auch durch die Identität der Wirkungen —, dann ist es nicht zu verwundern, daß die Kompilatoren bei der Zusammenziehung des Textes die scharfe Trennung zwischen Fiskalprozeß (ohne Litiskontestation) und Privatprozeß (mit der Fiktion der Litiskontestation) tilgten. Sicher ist, daß der Jurist auf die Fiktion der lit. cont. eine Entscheidung des Extraordinärprozesses nicht gründen konnte.[1])

In das justinianische Recht ordnen sich die beiden Stellen wie in das klassische System ein, gleichviel ob man die Motivierung: *quasi lite contestata cum mortuo* für (inhaltlich) echt hält oder ob man sie als gänzlich von Tribonian herrührend erachtet.[2]) In diesem zweiten Fall würde sie die

---

[1]) Diese Bemerkung findet sich schon bei Faber Conj. l. VII c. 20, nr. 9. Siehe oben S. 81 Anm. 6.

[2]) Ein Glossem (siehe oben S. 81) kann sie nicht sein. Auch für die genauere Erkenntnis der Glossen, besonders wenn sie ungeschickt oder unsinnig erscheinen, ist es nötig, sich über den Zustand des klassi-

allerhervorragendste Offenbarung jener Tendenz sein, die Litiskontestation (real oder fiktiv) auf alle iudicia und Prozeßgattungen auszudehnen — im Gegensatz zu den Juristenwerken, in denen sich die mannigfachsten Prozeßformen und Wirkungen, alle genau voneinander unterschieden, vorfanden. Die Textänderungen kommen also auch hier von dem Bedürfnis her, Ordinär- und Extraordinärprozesse, ius civile und ius honorarium — mit einem Wort: Prozesse und Normen miteinander zu vereinigen. So gelang es Justinian, die Verwirrung und die Schwankungen der vorangehenden Gesetzgebung und Praxis zu beseitigen. Auch die Fiktion der Litiskontestation blieb am Leben, wenigstens wurde sie von Justinian benutzt. Aber man darf nicht sagen, daß die Fiktion die Litiskontestation in nachklassischer Zeit lebendig erhielt, wie es Sohm tut. Sie war lebendig (real und fiktiv) in den Werken der Juristen und in den kaiserlichen Konstitutionen, als Grundlage der bedeutendsten Wirkungen des Zivil- und Prozeßrechts.[1]) Die Kaiser mußten sich auf sie beziehen und taten es mit den üblichen Verwirrungen und Schwankungen, die für die ganze nachklassische Gesetzgebung charakteristisch sind.

Aber was vor allem hervorgehoben zu werden verdient, ist die Tatsache, daß die Glosse die hier festgestellte und geklärte enge Beziehung zwischen den beiden Hauptstellen richtig erkannt hat. Der dünne Auszug der lex 33, wie er sich in den B. 52, 1, 32 findet, bestätigt diese Auslegung:

καὶ μεθ' ὑπόμνησιν αἱ ποιναλίαι ἀγωγαὶ παραπέμπονται κατὰ κληρονόμων, ὡς προκατάρξεως γενομένης κατὰ τοῦ τελευτήσαντος.

Also, die Gleichwertigkeit der conventio (*καί*) ist unmittelbar und direkt (*ὡς*) durch die Fiktion hervorgebracht. Ob also das *quasi lite contestata cum mortuo* aus dem echten Text stammt oder nicht, keinesfalls liegt darin etwas

schen Rechts Rechenschaft zu geben. Aber heute spricht man mit zu großer Leichtigkeit von Glossen. Vgl. Riccobono, Fasi e Fattori S. 278 Anm. 3.

[1]) Die Meinungen auch der neusten Schriftsteller über den Ursprung und die Schwankungen des nachklassischen Rechts der Litiskontestation sind nicht ins klare gekommen. Siehe oben S. 96.

Ominöses, weil es nicht eine Erfindung der Schulen oder der Kompilatoren ist, sondern eine echte Spur des prätorischen Systems, das die Übertragung der Strafklage auf Grund der „conventio" mit der Fiktion der Litiskontestation zugelassen hatte. Die unsinnige Interpolation im fr. 33 verdient also wegen ihres vornehmen Ursprungs auch hier die „indulgentia" der modernen Kritiker. Oftmals habe ich darauf hingewiesen, daß da, wo die Phrase, der Gedanke oder die Verbindung eines Textes als ungeschickt oder unsinnig erscheinen, am ehesten sich vermuten läßt, daß die Interpolation aus klassischen Elementen zusammengeflochten ist.[1]) Unser Beispiel ist vielleicht eines der bemerkenswertesten und lehrreichsten. Ich habe es deshalb ausführlicher behandelt, als es das einfache Thema an sich verdiente. Aber heute muß man das Eisen schmieden, so lange es warm ist. Und man muß dem Werk der immer umsichtigen und wissenden Glosse huldigen. Es gibt im Corpus juris vom dogmatischen Standpunkt aus nichts Neues zu entdecken. Und wenn wir nur danach streben, die Wahrheit zu erkennen, dann brauchen wir uns um die Frage der Neuheit nicht zu kümmern.

---

[1]) Siehe oben S. 100.

VI.

Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht.

Von

Emil Seckel †.

Aus dem Nachlaß herausgegeben und bearbeitet
von **Ernst Levy.**

Inhalt.

Besondere Abkürzungen.

Bechmann = Der Kauf nach gemeinem Recht (1876—1908). — Haymann I = SZ. 40 (1919), S. 167—356. — Haymann II = SZ. 41 (1920), S. 44—185. — Konstantinovitch, Le *periculum rei venditae* en droit romain (Thèse, Lyon 1923). — Lusignani II = Studi sulla responsabilità per custodia II (1903). — Rabel = SZ. 42 (1921), S. 543—564. — Schulz = Kritische Vierteljahrsschrift 50 (1912), S. 22—90. — Seckel (ohne Zusatz) = Manuskript.

Als mir wenige Tage nach dem Tode des Verfassers Frau Geheimrat Seckel die Herausgabe dieser Abhandlung anbot, fühlte ich, daß es eine Pflicht zu erfüllen galt — nicht nur die Pflicht der Dankbarkeit gegen den Lehrer. Seit der Studienzeit war ich von der Richtigkeit der Custodia-Lehre und der Klassizität des periculum emptoris durchdrungen, oft hatte der Heimgegangene mir seinen Standpunkt dargelegt, in gesunden Jahren sowohl wie in den ersten Monaten des Schmerzenslagers von Todtmoos. Das Thema beherrschte die letzten Wochen seines Wachseins. Unmittelbar vor dem Zusammenbruch, am 19. Juli 1923 hatte er es in der Preußischen Akademie der Wissenschaften vorgetragen[1]), und nach Todtmoos begleiteten ihn die Notizen und Vorarbeiten, aus denen er dort das Manuskript zu fertigen hoffte.

Bei der Sichtung des Materials bestätigte es sich sofort, daß die Veröffentlichung, weit entfernt ein Akt bloßer Pietät zu sein, im Interesse der Forschung unbedingt ge-

[1]) Der kurze Bericht darüber (SitzBer. 1923, S. 149) ist das einzige, was er noch selbst dazu veröffentlicht hat.

boten war. Aber ebenso duldete es keinen Zweifel, daß an eine unmittelbare Herausgabe der Notizen aus dem Nachlaß nicht gedacht werden durfte: am wenigsten hätte sie in Seckels Sinne gelegen. Wie vom Blitz überrascht, hatte der Autor sein Werk verlassen müssen. Während einzelne Exegesen in der Form von Anmerkungen zur Textstelle so weit gediehen waren, daß sie nur noch eine formale Anpassung an das Ganze zu erfordern schienen, waren andere Teile bloß strichweise durchgearbeitet, wieder andere überhaupt nur der Problemstellung nach angedeutet oder nicht einmal das. Und selbst das anscheinend Fertige war von dem in unermüdlicher Selbstkritik ja niemals ruhenden Verfasser vielfach mit Fragezeichen und Eventuallösungen durchsetzt, die sich angesichts inzwischen erschienener Schriften hier und da sicherlich noch vermehrt hätten. Die Hunderte von Zetteln und Bogen spiegeln einen mitten im Werden erstarrten Produktionsprozeß wieder; sie hinterlassen den wehmütigen Eindruck, daß das, was des Meisters Hand aus ihnen zu formen verstanden hätte, kein anderer nachzubilden vermag. Aber auf Basis und Hauptrichtung des Gewollten[1]) werfen sie glücklicherweise ein sicheres Licht.

Darauf in möglichster Anlehnung an die Vorarbeit, aber selbständig weiterzubauen, war die Aufgabe, wenn sie in Seckelschem Geiste unternommen werden sollte. Ihr zuliebe mußte ich den zuerst gemachten Versuch, des Verfassers und des Bearbeiters Anteil im einzelnen deutlich voneinander abzugrenzen, aufgeben.[2]) Die genaue Kennzeichnung dessen, was Seckels Formulierungen, was seinen Absichten entnommen und was nachträglich hinzugesetzt, gestrichen, geändert oder modifiziert worden ist, hätte ein unleserliches Produkt entstehen lassen. Es muß die Hervorhebung genügen, daß der entscheidende Grundgedanke und der Kern des Inhalts von Seckel, die Ausgestaltung und Darstellung von mir herrührt und daß ich für das Ganze

[1]) Insofern sei auch auf den in der vorigen Note genannten Bericht nachdrücklich hingewiesen.

[2]) Nur vereinzelt war eine solche Abgrenzung möglich: z. B. in Nr. 1, 9, 30, 33, s. auch S. 152 N. 3.

die Verantwortung übernehme. Diejenigen Abschnitte, in denen ich mich sachlich größtenteils auf Seckels Vorarbeiten stützen konnte, nenne ich in der Anmerkung[1]) besonders, desgleichen die anderen, in denen ich mich durch keinerlei Notizen des Nachlasses gedeckt weiß.[2]) Im Laufe der Abhandlung habe ich nur ausgesprochene Abweichungen von solchen Notizen und auch sie nur an wesentlichen Punkten, zumal da vermerkt, wo die Rekonstruktion eines Quellentextes in Frage stand[3]) — immer in der Überzeugung, daß Seckels Meinung in Einzelheiten fast überall durchaus noch im Flusse war.

1. Die klassische Lehre vom periculum emptoris ist nur durch sorgsame und unbefangene Betrachtung des Überlieferten zu ermitteln. Sie kann — so schließt der Akademiebericht — „freilich nur verstanden werden, wenn drei Vorbedingungen des Verständnisses erfüllt sind. Erstens muß der sog. reine Gattungskauf ausgeschaltet werden: dieser ist nicht nur nicht klassischen Rechtens, er kann es gar nicht sein (wie Vortragender nachweisen wird). Zweitens: das periculum emptoris hat sein Gegengewicht im periculum custodiae des Verkäufers (wie bereits nachgewiesen und von der Gegenseite nicht widerlegt ist). Drittens: die Lehre vom periculum emptoris ist nicht eine jeder rationellen Erklärung spottende Willkürnorm, nicht ein Schandfleck, von dem der Ehrenschild der klassischen Jurisprudenz reingewaschen werden müßte[4]), sondern ein gesundes Prinzip, das alle heutigen Kulturrechte (England, Frankreich, beide mit ihren Tochterrechten; Skandinavien; Schweiz; Rußland usw.) beherrscht mit einziger Ausnahme des deutschen Kulturkreises, der mit seinem Übergabeprinzip ein Opfer naturrechtlichen Denkens

[1]) Nr. 5, 12, 15, 20, 23, 25, 27, 28, 36, 38, 39, 40, 46 Abs. 3, 50, 58, 60, 61, 67, 69, 71.

[2]) Nr. 3, 4, 8, 17, 19, 22, 26, 32, 35, 43, 46 Abs. 2, 47 Abs. 1, 49, 51, 52, 55, 65, 70, 75, 76, 77, 81, 82.

[3]) Siehe z. B. Nr. 31 und unten S. 163 N. 5, S. 172 N. 6, 7, S. 192 N. 3, S. 207 N. 3, S. 208 N. 7, S. 244 N. 4.

[4]) Hier spielt Seckel auf Haymann II S. 49 an.

und nicht wirklicher, sondern doch wohl nur angeblicher Tendenzen des älteren deutschen Rechts geworden ist."

Dieser Einstellung gemäß bin ich verfahren. Die custodia venditoris habe ich bei dem heutigen Stande der Forschung[1]) als mindestens in Deutschland überwiegend anerkannt voraussetzen dürfen und nur dort eigentlich behandelt, wo ihre Abgrenzung vom periculum emptoris um des letzteren willen unerläßlich war.[2]) Der vergleichende Überblick über die modernen Privatrechte, für den der Nachlaß nur einzelne Zitate bietet, hätte den Rahmen eines Aufsatzes gesprengt und wird deshalb an anderer Stelle nachgebracht werden. Dagegen wird das Problem des reinen Genuskaufes im folgenden vorgelegt und zwecks Abgrenzung des römischen Kaufbegriffes der Erörterung des Themas vorangestellt. Die Erörterung selbst befaßt sich ausschließlich mit der Kernfrage: den Voraussetzungen des Gefahrüberganges. Alles andere ist von Seckel nur gestreift worden und mußte schon der Raumersparnis halber hier beiseite bleiben. Wegen der dem Gefahrenträger gebührenden commoda behalte ich mir einen Nachtrag vor.

Einleitung: Zur Abgrenzung des römischen Kaufbegriffes.

I. Kein Genuskauf.

2. Bei dem heute sogenannten reinen Gattungskauf ist die Kaufsache erst mit der Konkretisierung eindeutig bestimmt. Vorher kann sie mithin nicht untergehen oder sich verschlechtern[3]), und so ist es undenkbar, daß ihre

[1]) Grundlegend Seckel-Heumann S. 117f. Zustimmend: Kübler, Berl. Festg. f. Gierke II S. 257, SZ. 38, S. 73 N. 1; Schulz, Grünhuts Z. 38, S. 39ff., SZ. 32, S. 71ff., Krit. Viert. Schr. 50, S. 44ff.; Beseler, Beiträge III S. 48, 65, 185, 189; Levy, Konkurrenz I S. 24 N. 1; Genzmer, SZ. 44, S. 90; Kunkel, SZ. 45, S. 278ff. Vgl. auch de Francisci, Synallagma I S. 292 N. 1 [und neuestens namentlich J. Vážný, Annal. Palerm. 12 (1926), S. 140 ff. Anders J. Paris, La responsabilité de la custodia en droit romain (Paris 1926) S. 199 ff., 335 ff. (unter Rückkehr zur diligence d' un bon père de famille und mit der Behauptung, daß le passage du dominium à l'acheteur avant le paiement du prix n'est consacré que par Justinien). Beide Schriften konnten nur noch gelegentlich erwähnt werden. — Nachtrag in der Korrektur].

[2]) Vgl. besonders Nr. 15–17, 43, 72–75; s. auch u. S. 149 N. 1.

[3]) Windscheid-Kipp, Pand. § 390 N. 9.

Gefahr schon vom Kaufabschluß an auf dem Käufer gelastet hätte. Eine Ausnahme von dem Prinzip des periculum emptoris machen die Quellen für den reinen Genuskauf nun freilich nicht. Aber das nur darum, weil sie, richtig verstanden[1]), ihn gar nicht kennen. Dieser Satz ist nicht neu. Er ist schon von den letzten gemeinrechtlichen Schriftstellern überwiegend vertreten[2]) und von der kritischen Forschung wiederholt[3]) worden, doch fehlt es namentlich in jüngster Zeit auch nicht an Gegenstimmen.[4]) Entscheiden kann nur die Überlieferung. Daß das zugunsten des reinen Genuskaufes vor allem verwertete Vat. fr. 16 in Wahrheit ein starkes Gegenargument bietet, wird später (Nr. 44) darzulegen, das übrige neuerdings herangezogene Material (D, 19, 1, 6, 4; eod. 26; eod. 27; eod. 54, 1; 21, 1, 33 pr.) jetzt kurz vorzuführen sein.

3. Die vier letztgenannten Stellen handeln, soweit sie hier in Betracht kommen, sämtlich von *dolia fundo accessura*. Nach unbefangener Auffassung sind damit nicht irgendwelche Fässer gemeint[5]), sondern *dolia quae in fundo domini essent* (Paul. D. 18, 1, 40, 5) und so zum Grundstücksinventar gehören, mögen sie *defossa (infossa)* sein (Ulp. D. 7, 1, 15, 6; Paul. D. 18, 1, 76pr.; Ulp. D. 19, 1, 17pr., Lab. D. eod. 54, 1) oder nicht (Ulp. D. 33, 7, 8pr. i. f.;

1) Siehe unten Nr. 42ff.

2) So L. Goldschmidt, Regelsberger (zitiert von den Folgenden), vor allem Brinz, Pand. II² § 242 N. 17, § 325 S. 696, § 327b S. 730f. und Bechmann II S. 331ff.; siehe ferner Windscheid-Kipp, §§ 380 N. 5, 394 N. 20, Dernburg, Pand. II § 94 II 1 a. E., sowie Karlowa, Röm. Rechtsg. II S. 615f.; Krückmann, Zur Reform des Kaufrechts (1896) S. 93ff. Weitere (auch gegnerische) Literatur bei Bechmann a. a. O. und Vassalli, Delle obbligazioni di genere (Studi Senesi Bd. 26; 1909) S. 12 N. 1.

3) So Mitteis, SZ. 19 S. 212 N. 1; Pernice, Lab. II 2, S. 238 N. 7; Girard, Manuel 5. Aufl., S. 540 N. 4; Perozzi, Ist. II S. 219 N. 2.

4) Vassalli a. a. O. S. 11ff.; Buonamici, Riv. ital. 49 (1911), S. 46f.; Haymann, Haftung S. 71ff., 107f. und Peric. S. 108f.; Rabel, Grundz. S. 474 und SZ. 42 S. 555; Heldrich, Verschulden bei Vertragsabschluß S. 21f.; Kübler, Gesch. d. röm. Rechts S. 178 N. 1; Kunkel, SZ. 46 S. 287 N. 2. — Nicht ganz deutlich Schulz S. 72 N. 102a; Beseler III S. 200f.

5) Vgl. auch Pernice, Lab. II 2, S. 238 N. 7.

vgl. auch Paul. sent. 3, 6, 37). Sonst wäre kein Anlaß gewesen, sie als Akzession zu verkaufen. Demgemäß hat der Verkäufer nur auf dem Grundstück befindliche Fässer zu leisten. Aus ihnen darf er, wenn nur ein Teil verkauft ist, beliebige Fässer ohne Rücksicht auf ihre Brauchbarkeit wählen. Sind alle verkauft, so bilden sie ein *certum corpus* wie die *pecunia quam in illa arca, vinum quod in illis doliis, pondus argenti quod in illis horreis habeo* (Maec. D. 35, 2, 30, 4):

> Labeo D. 19, 1, 54, 1 i. f.: (dolia) qualiacumque emptorem sequentur nec pro non integris quicquam ei venditor praestabit

und für den Teilverkauf:

> Marcellus D. 18, 1, 60: Comprehensum erat lege venditionis dolia sexaginta emptori accessura: cum essent centum, in venditoris fore potestate responsum est quae vellet dare;

ebenso schon Labeo fr. 54, 1 cit.

> Si dolia octoginta accedere fundo, quae infossa essent, dictum erit, et plura erunt quam ad eum numerum, dabit emptori ex omnibus quae vult[, dum integra det].

Daß die kraß gegensätzlichen und sichtlich nachhinkenden letzten drei Worte eingefälscht sind, hat schon Haymann[1]) treffend bemerkt. Sie weisen die Richtung, die die Nachklassiker gegangen sind. Denn genau ebenso unecht ist die actio empti auf Leistung von integra dolia in Ulp. (1 ad ed. aed. cur.) D. 21, 1, 33pr.

> Proinde Pomponius ait iustam causam esse ut quod in venditione accessurum esse dictum est, tam integrum praestetur quam illud praestari debuit quod principaliter veniit: [nam iure civili, ut integra sint quae accessura dictum fuerit, ex empto actio est, veluti si dolia accessura fundo dicta fuerint].

Dieser aus dem Zusammenhang fallende Satz, den Haymann 76f. nur zweifelnd beanstandet[2]), gehört in die Reihe der zahlreichen Äußerungen, die das klassische Recht des Ädilenedikts in das allgemeine zivile Kaufrecht zu über-

[1]) Haftung S. 73. [2]) Für Unechtheit auch Heldrich S. 21 N. 6.

tragen streben[1]), und findet auf dem Gebiete der Akzessionen in den Emblemen von D. eod. 44pr.[2]) eine besondere Parallele. Allerdings steht der Kauf der Hauptsache und der der Nebensache unter derselben Regelung, aber diese weiß im Bereich der actio empti, wie gerade Haymann[3]) nachgewiesen hat, von einer allgemeinen Mängelhaftung des Verkäufers eben nichts.

Damit aufs engste zu verknüpfen ist

Paul. (3 epit. Alfen.; Alfen. Nr. 53) D. 19, 1, 27: Quidquid venditor accessurum dixerit, id integrum ac sanum tradi oportet: [veluti si fundo dolia accessura dixisset, non quassa, sed integra dare debet.][4])

Das Verhältnis der beiden Sätze zueinander ist ganz das gleiche, wie es im fr. 33 cit. festzustellen war. Wie dort so bezieht sich hier der Anfang offenbar lediglich auf das ädilizische Edikt, innerhalb dessen allein das *sanum esse* technisch und verständlich ist. Unter dieser Beschränkung ist er nicht zu beanstanden, doch mag das gewagt verallgemeinernde *quidquid* den echten Zusammenhang verdrängt haben. Um so befremdlicher ist das *dolia*-Beispiel, das durch Anrufung des Zivilrechts zu legitimieren man hier (anders als im fr. 33) nicht einmal für nötig gehalten hat. Das *non quassa sed integra* ist der Elementarstil des Glossemschreibers, das *dixisset* hebt sich von *dixerit* peinlich ab. — Sachlich wird dem gutgläubigen Verkäufer die gleiche Sachmängelhaftung aufgebürdet, die sich aus den nachgewiesenermaßen unklassischen Teilen von D. 21, 1, 1pr. und eod. 63, von D. eod. 49 und 19, 1, 6, 4[5]) ergibt: Fragmenten, die sich nicht wie die obigen dadurch entwerten lassen, daß man sie auf das Gleis eines Gattungskaufes zu schieben versucht.[6])

---

[1]) Vgl. D. 21, 1, 1pr.; eod. 63, aber auch eod. 49.

[2]) Haymann a. a. O. S. 74f., Beseler III S. 152f.

[3]) a. a. O. S. 37ff. und sonst.

[4]) Gerade entgegengesetzt athetiert Bremer, Jur. antehadr. I S. 200. Nach Haymann a. a. O. 72 ist die Stelle „kaum zu verdächtigen".

[5]) Zu den beiden letzten Stellen Haymann S. 39 und 101ff., 144ff.

[6]) Ein solcher Versuch im Hinblick auf D. 19, 1, 6. 4 bei Heldrich S. 21f.

4. Nicht auf die Annahme eines Gattungskaufes, sondern auf nachklassische Erstreckung ädilizischer Bestimmungen führt also die seltsam strenge Mängelhaftung zurück. Anders zu erklären ist die letzte für den Genuskauf in Anspruch genommene[1]) Stelle D. 19, 1, 26:

Alfen. Varus lib. 2 dig. (Nr. 13): Si quis, cum fundum venderet, dolia centum, quae in fundo esse adfirmabat, accessura dixisset, quamvis ibi nullum dolium fuisset, tamen dolia emptori debebit.

Wenn jemand ein Grundstück nebst 100 darauf befindlichen Fässern verkauft, so hat er für Besitzverschaffung und habere licere hinsichtlich der Fässer um nichts weniger einzustehen wie hinsichtlich des Grundstückes selbst. Die Unrichtigkeit der Versicherung, daß die Fässer dort vorhanden seien, befreit den Verkäufer nicht. Diese ex fide bona ohne weiteres abfließende Rechtsfolge[2]) glaubt Haymann für den Spezieskauf bestreiten zu müssen: „es sind eben hier nicht die 100 Fässer verkauft, die auf dem Grundstück sind, dann wäre in concreto ein nihil verkauft".[3]) Eine solche Auffassung, die überdies in dem von Alfen nicht ausgeschlossenen Falle eines Dolus des Verkäufers vollends unbegreiflich wäre, läßt sich mitnichten dadurch begründen, daß, wenn die Fässer nicht verkauft, sondern vermacht worden wären, der Erbe sie nicht zu leisten brauchte. Denn die verglichenen Größen sind unvergleichbar. Die fides bona ist im Legatsrecht nicht leitendes Prinzip, und wäre sie es, so würde sie nicht den Schutz eines Legatars gebieten, dessen Vertrauen gar nicht getäuscht worden ist: daher auch *succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit* (Pap. D. 31, 67, 8).[4]) Zudem ist es mehr als zweifelhaft, ob der gesperrt gedruckte Satz auch nur für das Vermächtnis-

---

[1]) So Haymann a. a. O. S. 71; vgl. auch Beseler III S. 200.

[2]) Vgl. auch D. 18, 1, 78, 3 (teilweise itp.: Beseler IV S. 131) und dazu Haymann S. 107f. — Für verfälscht hält das fr. 26 Bremer, Jur. antehadr. I S. 314.

[3]) a. a. O. S. 71; Sperrung von mir.

[4]) Dazu Donatuti, Bull. 34, S. 205f., 218. — Gegensatz: Ulp. D. 33, 6, 3pr.

recht schon zu der Zeit des Alfenus gegolten hat. Noch bei Afrikan D. 30, 108, 10 tritt der Gedanke, soweit die Stelle echt ist[1]), so vorsichtig auf, als ob er gegenüber der vorherrschenden Meinung (legatum valebit) neu zur Geltung gebracht werden sollte.[2]) Aber das gehört nicht hierher.

5. Die echten klassischen Quellen liefern somit nicht den mindesten Anhaltspunkt für den reinen Genuskauf, wiewohl über einen solchen — mag man an Rechtsmängel, Sachmängel, Gefahrübergang denken — manches zu sagen gewesen wäre. Der Großhandel ging regelmäßig in Stipulationen vor sich.[3]) Daneben bestand die Möglichkeit, gattungsmäßig bestimmte Warenlieferungen im Wege der locatio conductio an Unternehmer zu vergeben.[4]) Vom Kauf ist keine Spur. „Aber immer wird der Zweifel zurückbleiben, solange der Grund nicht klargelegt ist, warum das römische Recht den Genuskauf auch als Konsensualkontrakt[5]) nicht kannte."[6])

Die Antwort lautet: Die Römer konnten den „reinen Genuskauf" gar nicht kennen. Denn das Geschäft, das man

[1]) Unklassisch ist insbesondere das *ita tamen*-Stück. Näheres dazu und zu anderen Glossemen: Donatuti a. a. O. S. 202.

[2]) Doch scheint er sich in spätklassischer Zeit durchgesetzt zu haben: vgl. Ulp. D. 33, 4, 1, 7 i. f. (*constat* echt?) und für die Stipulation Pap. D. 45, 1, 120 Satz 1, Paul D. eod. 37. Immerhin wird noch bei Paul. D. 31, 8, 2 der Schluß *sed hoc* .... nachgefügt sein: er verträgt sich nicht mit dem *etsi*-Aufbau, und das *accipit* findet in dem Vorangehenden kein denkbares Subjekt.

[3]) Siehe unten Nr. 11. — Vgl. auch Mitteis, SZ. 19 S. 212 N. 1; Rabel, Grundz. S. 474.

[4]) Liv. 23, 48, 11. 12: ..conducerent... praebenda, quae ad exercitum Hispaniensem opus essent... Haec praetor in contione edixit, quo⟨que die⟩ vestimenta frumentum Hispaniensi exercitui praebenda quaeque alia opus essent navalibus sociis esset locaturus. Eod. 49, 1: Ubi ea dies venit, ad conducendum tres societates aderant. § 3: conduxerunt. § 4: conducta. Dazu Liv. 25, 3, 10. 11. — Unzutreffend auf Kauf bezogen von Haymann II S. 53ff. und Konstantinovitsch 118ff.; gegen sie auch Huvelin, Rev. hist. de droit 3 (1924) S. 320ff.

[5]) Das in der klassischen emptio venditio allenthalben überwundene Recht des alten Realkaufes kann nicht gerade in der Frage des Genuskaufes dauernd nachgewirkt haben. Dies gegen Brinz II S. 696; Perozzi, Ist. II S. 219 N. 2.

[6]) So Karlowa II S. 616.

mit diesem Namen zu bezeichnen pflegt, ist von der römischen emptio venditio so grundverschieden, daß eine Subsumption unter diesen Typ die Preisgabe des Types selbst bedeutet hätte.[1]) Es fordert nach seinem juristischen und wirtschaftlichen Sinn die Verpflichtung des Versprechenden zum *dare* vertragsmäßiger Stücke aus der Gattung. Ob und in welchem Rechtsverhältnis oder Zustand der Versprechende selbst etwaige Vorräte der versprochenen Art besitzt, ist durchaus unerheblich.[2])

6. Hiernach wird eine positive Rechtsordnung der Gattungsschuld regelmäßig denjenigen Versprechenstyp zur Verfügung stellen, mit dem sich die weitest reichende Haftung für Rechtsmängel verbindet. Das ist in Rom die *dare*-Stipulation. Das *dare* stellt an den Schuldner größere Ansprüche als sonst eine Leistung, und in dem Maße, wie seine begriffliche Erfassung fortschreitet, gewinnt es immer mehr an Intensität: das ursprüngliche Hingeben zu unbeschränktem Haben steigert sich im Laufe der klassischen Zeit zur Verschaffung zivilen Eigentums.[3]) Wird Weizen, Wein, Öl oder ein Sklave gattungsmäßig promittiert, so ist nicht erfüllt, wenn das Gelieferte evinziert wird: Lab.-Jav. D. 32, 29, 3.

> Si heres tibi servo generaliter legato[4]) Stichum tradiderit isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis: et hoc verum puto.

Es gilt aber auch die Weiterbildung: so lange ist nicht erfüllt, wie das Gelieferte evinzierbar ist.

> Gai. IV 4: . . . . cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat.
>
> Gai. D. 12, 6, 63: . . . veluti si is qui [cum] certum hominem deberet, statuliberum dederit: nam ideo eum non liberari, quod non in plenum stipulatoris hominem fecerit.

---

[1]) Vgl. vor allem Bechmann II S. 331 ff.

[2]) Siehe auch Bechmann II S. 331 N. 2.

[3]) Rabel, Haftung S. 125 ff.

[4]) Auf Stipulationen entsprechend anwendbar: Pomp. D. 30, 45, 1; eod. 46.

Ulp. D. 46, 3, 27: . . . . si res tradita fuerit quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est.[1])

Für ein besonderes Eviktionssystem bleibt hier kein Platz.

Ein gleich adäquates Instrument vermochte die emptio venditio selbst in der spätesten antiken Entwicklung dem Genusversprechen nicht zu bieten. Gegenstand des römischen Kaufes ist grundsätzlich die Sache in der Lage, in der sie sich beim Verkäufer befindet.[2]) Das gilt, da die Manzipation für den Genuskauf nicht wesentlich in Betracht kommt, insonderheit von dem formlosen Austausch von Ware und Geld. Wie immer auch seine älteste Wirkung und die früheste Funktion der actio empti auszumalen ist: fest steht, daß der als Erwerbscausa voll wirksame formlose Barkauf den Käufer gegen Angriffshandlungen von dritter Seite zunächst keineswegs sichert.[3]) Der Schutz gegen Eviktion, der aus der Mancipatio ohne weiteres abfließt, muß hier durch die stipul. habere licere, späterhin durch die stipul. duplae selbständig übernommen werden, und wenn auch diese Sicherungen einem Kauf über wertvollere Sachen praktisch kaum jemals gefehlt haben werden[4]), so waren sie eben doch auf die besonderen Stipulationen angewiesen. Diese aber strebten über die Auktoritätshaftung niemals in dem Sinne hinaus, daß sie eine Eigentumsverschaffungspflicht hätten begründen wollen: *habere licere* und nicht *dare* ist ihr durchgängiges Stichwort. Und dabei bleibt es, als im Laufe der klassischen Zeit die Eviktionshaftung schließlich unmittelbar ex empto abgeleitet wird, also zu einem Naturale des formlosen Kaufes zu werden beginnt. Diese Gegensätzlichkeit zur *dare*-Stipulation

---

[1]) Die weiteren Belege bei Rabel, Haftung S. 126 N. 1, S. 127 N. 1, 4, 5; Vassalli (oben S. 123 N. 2) S. 122ff.; Guarneri, Contrib. alla dottr. della mora S. 153 N. 3.

[2]) Vgl. Bechmann II S. 61ff., 332. — Auch die von Rabel, Grdz. S. 440f. aufgezeigten Unterschiede zwischen Kauf und Stipulation hängen damit zusammen.

[3]) Über die Entwicklungsstufen Rabel, Haftung S. 28, 72f., 75f., 110.

[4]) Rabel S. 64f.

ist den Juristen bekanntlich aufs deutlichste zum Bewußtsein gekommen[1]), z. B.

Afric. D. 19, 1, 30, 1: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat.

Ulp. D. 18, 1, 25, 1: Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit.

Ohne die streng specieshafte Einstellung des römischen Kaufes wäre eine solche Zaghaftigkeit, den Schritt zum *dare* zu tun[2]), kaum begreiflich.[3])

7. Es war ja auch nicht bloße Zaghaftigkeit, sondern überlegter Widerstand. Wo einmal wirklich der Sachschuldner sich zu einem *dare* verpflichtet hatte, da versagten sich die Regeln des Kaufes. Positiv ging man je nach den Umständen des Falles verschiedene Wege. Entweder — wenn die Kaufverpflichtung in eine Dareverpflichtung noviert war — schwächte man das *dare* zu dem bloßen Hergang der Manzipation ab, um es mit dem Inhalt der Verkäuferpflicht in Einklang zu bringen:

Pap. D. 22, 1, 4 pr: . . . verum si emptor a venditore [novandi animo] ita (scil. rem dari; Beseler: fundum quem emisti mancipio dari) stipulatus est, factum [tradendi] ⟨mancipandi⟩ stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus venditorem promisisse quam iudicio empti praestare compelleretur.[4])

Oder aber — wenn ein Kauf nicht vorangegangen war —

---

[1]) Vgl. namentlich Scialoja, Bull. 19 S. 184ff., siehe auch Perozzi Ist. II S. 217f.

[2]) Vgl. dazu Lab. D. 18, 1, 80, 3.

[3]) Anders Rabel, Haftung S. 110ff., 129f., wieder anders Arangio-Ruiz, Ist. I S. 226 N. 1.

[4]) Daß das Fragment stark überarbeitet ist, darin stimmen die im einzelnen auseinandergehenden neuesten Beurteiler mit Recht überein: Beseler I S. 88ff.; Haymann I S. 339ff.; de Francisci, Trasferimento della proprietà S. 189ff. Aber die Beanstandungen treffen den oben abgedruckten Teil im wesentlichen nicht. Zu der Stelle auch Scialoja, Bull. 19 S. 190f. und Bonnet, Mél. Gérardin (vgl. Kübler, SZ. 29 S. 529f.); siehe ferner Schloßmann, SZ. 29 S. 299f.



man machte mit dem *dare* Ernst und begnügte sich dann folgerecht lieber mit einer condictio zur Liquidierung des ganzen Rechtsverhältnisses, als daß man zu seiner Verwirklichung die actio empti zur Verfügung stellte:

Cels. 3 dig. (Nr. 73) D. 12, 4, 16: Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum [tradidisse] ⟨mancipasse⟩[1]) repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et [pro evictione eius promittere] ⟨satisdare secundum mancipium⟩[2]) non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

Daß mit diesen beiden Athetesen der Urtext des neuerdings so oft behandelten Fragmentes hergestellt wäre, soll nicht behauptet werden[3]); namentlich könnte das störende[4]) *et ideo* sehr wohl ein Flicken sein, mit dem die bei Celsus sicher nicht fehlende Begründung[5]) überklebt worden wäre. In der Sache selbst aber hören wir ganz gewiß den Klassiker reden[6]): das ergeben der logische Aufbau und die innere Konsequenz, dazu die Tatsache,

[1]) So seit Lenel, Cels. Nr. 73 die allgemeine Lehre.

[2]) So wohl die herrschende Meinung: Gradenwitz-Pernice, Lab. II 1, S. 295 N. 1; Scialoja a. a. O. S. 180, 192 N. 3; Kübler, SZ. 28 S. 422; de Francisci, Synallagma II S. 233.

[3]) Übersicht über die älteren Interpolationsbehauptungen bei Scialoja S. 166ff., 176f. Seitdem Schloßmann, SZ. 29 S. 319ff., 338f.; Perozzi, Ist. II S. 218 N. 1; de Francisci a. a. O. I S. 129 N. 1, II S. 360; Beseler, SZ. 45 S. 462 läßt nur stehen: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: si mortuus est Stichus, repetere possum, quod tibi dedi.

[4]) Schloßmann S. 322.

[5]) Bemerkt schon von Bechmann III 2 S. 84; siehe unten Nr. 9.

[6]) Vgl. namentlich Scialoja passim, dessen die Deutung des Azo vertiefende Auslegung des fr. 16 dem Richtigen am nächsten kommt (siehe auch de Francisci a. a. O. I S. 126ff., II S. 231ff.). Ferner Beseler II S. 162; Haymann II S. 68; Rabel S. 546f.

daß das nicht erst justinianische Emblem D. 19, 5, 5, 1[1]) entgegengesetzt entscheidet. Aus der Ablehnung der Kaufregeln zieht Celsus drei praktische Folgerungen, die dazu bestimmt sind, die Tragweite der Streitfrage ins Licht zu setzen. Die letzten beiden setzen voraus, daß Stichus manzipiert worden, das *dare* aber trotzdem nicht verwirklicht ist, sei es weil der Empfänger nicht Eigentümer geworden sei, sei es weil er die *satisdatio secundum mancipium* nicht erhalten habe: ein Käufer hätte dieserhalb eine actio empti, jenerhalb keinerlei Klage gehabt, der Empfänger des fr. 16 dagegen kann lediglich, aber beidemale kondizieren. Die erste Folgerung rührt an das Thema der Gefahrtragung: weil kein anderes Schuldverhältnis *(obligatio)* als das aus rechtlosem Haben entspringende (insbes. kein Kaufverhältnis) gegeben sei, könne bei Untergang des Stichus der Geber des Geldes das Geld zurückfordern. Das argumentum e contrario, daß ein Käufer diese Rückforderung nicht habe, ist unvermeidlich[2]) und um so unanfechtbarer, als es nicht aufdringlich proklamiert, sondern nur zwischen den Zeilen erkennbar wird. Der Gedankengang des Celsus liefert ein so unmittelbares, selbst isoliert so eindeutig sprechendes Zeugnis für das *periculum emptoris*[3]), daß es schon an dieser Stelle im Zusammenhang zu würdigen war.

8. Das Nichtbestehen einer *dare*-Pflicht des Verkäufers wird also grundsätzlich zu einem Essentiale des Kaufes erklärt. Nur ist die Frage, ob alle Klassiker der gleichen Ansicht gewesen sind. Das zu verneinen[4]) mahnt das vorsichtige *proclivior sum*. Indessen wäre es erwünscht,

---

[1]) Der Schluß der Stelle (vgl. zuletzt de Francisci a. a.O. I S. 136ff., Haymann II S. 168f.) läßt sich nicht mit Seckel-Heumann S. 117 oben rekonstruieren.

[2]) So auch schon Stephan. schol. 3 zu D. 12, 4, 16 (Heimb. III S. 8).

[3]) Vgl. auch Rabel S. 546f. gegen Haymann II S. 68ff. Celsus zieht seinen Schluß nicht, wie Haymann meint, daraus, daß beim Kauf „dem Käufer ego" eine andere actio als die condictio („die actio empti") offenstehe, sondern daraus, daß eine obligatio empti (= Kaufschuldverhältnis als Organismus) überhaupt nicht vorhanden sei.

[4]) So Scialoja S. 185, 186.



die Entwicklungsfäden zu kennen, die die (wohl unter den Gegnern zu vermutenden) Cassianer zu einem solchen Bruch mit den Grundregeln des seitherigen Kaufrechtes geführt hätten. Will man eine Hypothese wagen, so ist von dem Schulenstreit über den Tausch (Gai. III 141; Inst. 3, 23, 2; Paul. D. 18, 1, 1, 1) auszugehen. Die vom Wirtschaftsleben gestellte Aufgabe, den Tausch unter das bonae fidei iudicium des Kaufes zu subsumieren, erfüllten die Cassianer bekanntlich dadurch, daß sie mit dem Verlegenheitsargument *eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse* erklärten, es könne auch ein *homo aut toga aut fundus alterius rei pretium esse.*[1]) Danach sollte offenbar der *homo*-Schuldner ebensowenig zum *dare* verpflichtet sein wie der als „Verkäufer" zu denkende Gegner. Die Prokulianer jedoch erwiderten, daß beim Kauf der Preisschuldner notwendig *dare*-Schuldner sei, hier aber unentwirrbar bleibe, *quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri.* Diese in ihrer Begriffsschärfe bezeichnende Formulierung war nicht zu widerlegen. Nur ein Rückzugsgefecht ist es, wenn Caelius Sabinus jeweils den *rem venalem habens* als Verkäufer und demnach die Gegenpartei als Käufer angesehen wissen will mit der Konsequenz, daß die Leistung des letzteren als Quasipretium zu übereignen sei (pretii nomine dederim; p. n. datum esse).[2]) Die Duplik ist leicht zu ahnen: *aliud est pretium aliud merx;* die Venalität sei kein zureichendes Unterscheidungsmerkmal; es widerspreche der fides bona, den einen Sachschuldner zur Eigentumsverschaffung zu verpflichten und den anderen nicht.

Die Cassianer gelangten somit in der Tat dazu, die *dare*-Pflicht des einen Sachschuldners innerhalb des bonae fidei-Judiziums zu bejahen. Da kann es ihnen nicht schwergefallen sein, auch den Fall des D. 12, 4, 16 als eine Abart der emptio venditio zu betrachten. Aber festzuhalten ist

---

[1]) Hierzu Bechmann I S. 4ff.

[2]) Anders wohl de Francisci, Synall. II S. 234, nach dem die Sabinianer hier in das *dare* gelegt hätten un significato diverso dal trasmettere la proprietà.

ein Doppeltes. Auch den Cassianern hat es fern gelegen, die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers anzustreben oder auch nur im Sonderfall des Tausches als Selbstzweck zu verfechten: sie ziehen mehr notgedrungen unter dem Druck der Gegenschule aus ihrem erweiterten Pretiumbegriff die eher ungewollte Folgerung, deren Ausdehnung auf den reinen Kauf sie überdies durch das betonte *pretii nomine dare* zu vermeiden trachten. Ebensowenig hat die hoch- und spätklassische Epoche aus diesen Bestrebungen für eine Fortentwicklung der Verkäuferpflichten irgendwelchen Antrieb entnommen. Der cassianische Versuch endete bekanntlich mit einem vollen Mißerfolg: nur vereinzelt (C. 4, 64, 1: a. 238) scheint er Anklang gefunden zu haben. Nicht bloß Paulus (D. 18, 1, 1, 1 = D. 19, 4, 1 pr.) und Ulpian (D. 21, 1, 19, 5[1]), sondern schon Gai. III 141 lehnt ihn ab (Item pretium in numerata pecunia consistere debet). Daß der Tausch heute (BGB. § 515) nach Kaufrecht zu behandeln ist, nach römischem Rechte aber nicht, hat seine letzte Ursache gerade in der verschiedenen Stellung zur Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers.[2]) — Die Klassiker haben die wesentlichsten Lücken im Rechtsschutz des Käufers durch analoge Erstreckung der Eviktionstatbestände gefüllt.[3]) Nach einem Bruch mit dem Eviktionssystem durch Anerkennung der *dare*-Pflicht des Verkäufers haben sie kein Bedürfnis empfunden, weil deren Fehlen ihnen nicht als Mangel erschien, sondern geradlinig aus der Grundanschauung hervorwuchs, die sich die Sache, so wie sie beim Verkäufer ist, als Gegenstand des Kaufes vorstellte.

9. Dem in dieser Weise eindeutig festgelegten materiellen Rahmen des konsensualen Kaufes[4]) entspricht die Auslegung der formulae empti venditi. In einem Falle, wie ihn D. 12, 4, 16 bietet, muß die formula incerta der actio empti

---

[1]) Zum Schlußsatz de Francisci, Synall. I S. 201 N. 1; vgl. die folgende Note.

[2]) Denn wo diese nicht in Frage steht, haben auch die Klassiker nicht gezögert, einige Kaufregeln auf den Tausch zu übernehmen: Rabel, Haftung S. 124 N. 2 und Grdz. S. 469; de Francisci, Synall. I S. 200f.

[3]) Rabel, Haftung S. 75ff. [4]) Vgl. Scialoja S. 186.

schon deshalb versagen, weil die Abrede zweifelsfrei auf das *dare* eines *certum* gerichtet ist. Wer ein *certum* zu fordern hat (oder seiner Prätention nach zu fordern hätte), kann nicht erfolgreich eine formula mit *intentio incerta* wählen (vgl. Gai. IV 54, 131); sonst wären die *formulae certae,* wo solche neben *incertae* aus dem gleichen Klagegrunde proponiert sind (z. B. ex stipulatu), überflüssig gewesen. Demnach hätte die jetzt zu missende Begründung bei Celsus dem Sinne nach sehr wohl dahin lauten mögen: in quod proclivior sum ⟨quia si dare te oporteret Stichum, intendere non possem 'quidquid te mihi dare facere oportet'⟩. Aus demselben, also schon aus einem rein formalen Grunde fällt der 'reine Genuskauf' überall da nicht mehr unter die Kaufformel und damit unter den Kaufbegriff, wo die (formlose) Zusage ein *certum* zum Gegenstande hat wie *tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum* (Gai. D. 45, 1, 74). Für alle diese — und wohl praktisch bedeutsamsten — Fälle des Gattungsversprechens, in denen *ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit* (Gai. l. c.; dazu Paul .D. 12, 1, 6), dürfte der Gegensatz von *certum* und *incertum* selbständig ergeben, daß die Römer einen Gattungskauf nicht kennen konnten.[1]) *Ubi autem non apparet quid quale quantumque est* (Ulp. D. eod. 75pr.) — und dazu gehört auch ein Versprechen auf *tritici Africi boni modios centum, vini Campani boni amphoras centum* (Ulp. D. eod. 75, 2) —, greift dieser Gegensatz allerdings nicht durch, weil das Versprochene hier als nicht eindeutig genug und darum als *incertum* gilt. Aber die insofern ermöglichte formale Annäherung an den Kauf wird dadurch aufgewogen, daß, je unbestimmter die Gattung umgrenzt ist, desto weiter sich materiell das Versprechensobjekt von dem des normalen Kaufes entfernt. Mochte also auch eine (formlose) Zusage des letztgenannten Inhaltes (fr. 75 § 2) durch ein *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet* (Gai. IV 131a = 136) haben gedeckt werden können[2]), so scheiterte

[1]) Nr. 9 bis hierher nach Seckel.

[2]) Seckel hält im Anschluß an Bechmann II S. 73, III 2 S. 84

doch die Subsumption der beiderseits gewollten Eigentumsverschaffungspflicht an dem entgegengesetzt ausgeprägten *ex fide bona*.

10. Und nicht nur diese Subsumption. Mit der Haftung für Sachmängel steht es nicht anders. *Ex fide bona* hat der Verkäufer nur die bestimmt ins Auge gefaßte Sache oder eine Menge aus dem bestimmt gekennzeichneten Vorrat zu leisten und zwar lediglich in der Beschaffenheit, in der sie sich dort befindet. Ist diese faktische Beschaffenheit geleistet, aber unbefriedigend und ist nicht durch besondere Stipulationen Mängelfreiheit garantiert, so gebührt dem Käufer Schadensersatz ex empto nur ausnahmsweise: aus Dolus oder präzisen vertraglichen Garantiezusagen des Verkäufers. Wer sich dagegen wirksam gattungsmäßige Ware versprechen läßt, kann Ware fordern, deren Beschaffenheit der vertragsmäßigen Gattung entspricht ohne Rücksicht auf die etwa zur Zeit beim Versprechenden befindlichen Stücke; entspricht ihr das Gelieferte nicht, so ist überhaupt nicht erfüllt. Innerhalb des Rahmens, den das Versprechen offen läßt, kann sich der Versprechende nach Belieben bewegen.[1]) Der Unterschied liegt nur darin, wie der Rahmen gespannt ist: ob ganz eng (triticum Africum optimum: s. oben) oder weiter (triticum Africum bonum: s. oben) oder sehr weit wie in

> Jav. D. 17, 1, 52: ⟨Sponsorem⟩ si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo[2])

und

> Paul. D. 33, 6, 4: Cum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur . . . ., liberum est heredi cuius vellet generis oleum legatario solvere.

---

schon den Gegensatz zwischen *dare* und *facere* für hinreichend, um die Zuständigkeit der Kaufformel auszuschließen.

[1]) Sachen von mittlerer Art und Güte zu liefern gebieten erst die Byzantiner: Vassalli (oben S. 123 N. 2) S. 107ff., Albertario, Riv. di dir. commerc. 23 (1925), S. 177ff. Vgl. auch Guarneri Citati, Contrib. alla dottrina della mora S. 153f.; Genzmer, SZ. 44 S. 105.

[2]) Im sachlichen Kern auch von Guarneri Citati, Miscell. eseg. I (1924) S. 31 nicht beanstandet.

Der Versprechensempfänger steht hier also im Hinblick auf die ihm gebührende Qualität an sich weder besser noch schlechter da als ein Käufer: sein Anspruchsinhalt ist von dem des Käufers grundsätzlich verschieden. Wollte etwa jemand vereinbaren: Sunt mihi 'empti' modii centum tritici Africi optimi, so wäre eine solche Abrede in sich widerspruchsvoll; denn die fides bona würde hier die Lieferung mangelfreier höchster Qualität verlangen und sich nicht mit einer sozusagen verkäufereigenen Qualität begnügen können, auf die allein die *quidquid*-Intentio der Kaufformel abzielt. Der Versprechensinhalt wäre nicht kaufmäßig und somit überhaupt nicht *consensu* zu verwirklichen, sondern nur *verbis*. Die Stipulation erlaubt jede nur denkbare Gestaltung des Versprechensrahmens. Sie ist also auch nach der Seite der Sachmängelgarantie die gegebene Form des Genushandels: die einzige, solange die begrenzten Typen konsensual wirksamer Verträge noch nicht in die allgemeine Schuldvertragsfreiheit aufgegangen sind.

11. Nach alledem ist das Fehlen des reinen Gattungskaufes in den römischen Quellen weder wegzudeuten noch als eine schwer begreifliche Kurzsichtigkeit der Klassiker zu brandmarken. Vielmehr gilt es zu verstehen, daß die emptio venditio etwas anderes war als der heutige Kauf: indem sie im Grundsatz von dem verkäufersässigen Kaufobjekt ausging, war ihre Richtung der des gattungsmäßigen Lieferungsgeschäftes von vornherein entgegengesetzt, und so entwickelte sie weder gegen Rechts- noch gegen Sachmängel die Sicherungen, auf die der typische Genusgläubiger mußte rechnen dürfen. Er fand sie, wie dargelegt, in der Stipulation. Die Häufigkeit rein gattungsmäßig bestimmter Sachstipulationen (und -legate) spiegelt sich in vielen Tatbeständen der Quellen wieder[1]; sie erhellt auch aus den Beispielen, die Gaius (D. 45, 1, 74) für die certa stipulatio beibringt, und ganz besonders aus der Tatsache, daß das Musterformular der sog. condictio certae rei sehr wahrscheinlich gerade auf ein bestimmtes Quantum und Quale

[1]) Beispiele bei Krückmann, Z. Reform d. Kaufrechtes S. 89f.

von triticum abgestellt war.[1]) Der Warenstipulation des einen Teiles muß alsdann eine Geldstipulation des anderen entsprochen haben. Auch für sie fehlt es an Anhaltspunkten gewiß nicht. Die zahllosen abstrakten Geldversprechen, die die Überlieferung bietet, sind natürlich nur zum allergeringsten Teil *donandi causa* abgegeben worden. Man kann sich für sie keinen häufigeren und wichtigeren Anlaß denken als den einer Sachleistung oder Sachzusage des Versprechensempfängers. Daß solche Promissionen selbst da, wo eine gewöhnliche Kaufpreisschuld ex vendito bestand, vielfach gebräuchlich waren, lehrt ein Blick auf die argentariae stipulationes bei Versteigerungen.[2]) Und da unter Umständen auch umgekehrt der argentarius dem Ersteher zu promittieren hatte (Cic. p. Quinct. 5, 19 i. f.), so sehen wir hier beiderseitige Stipulationen unmittelbar in Übung.[3]) Um so mehr dürfen solche also beim generischen Geschäft vorausgesetzt werden, für das ein Rechtsschutz ex consensu fehlt.[4]) Von einer organischen Verknüpfung beider Versprechen schweigen freilich die Quellen. Aber das braucht nicht zu verwundern. Eine Verknüpfung, die den Vollzug der Gegenleistung zur Bedingung erhoben hätte, würde geradezu auf einen circulus vitiosus geführt haben.[5]) Ein Synallagma im heutigen Sinne hat nicht einmal das klassische bonae fidei iudicium des Kaufes aus sich heraus entwickelt.[6]) Und so werden beide Stipulationen in der Tat weitgehend als selbständig behandelt worden sein. Der Ausspruch des Labeo (D. 46, 4, 23): *Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum* paßt, wenn auch das Fehlen des Zusammenhanges eine sichere Deutung ver-

---

[1]) Lenel, Ed. S. 233; anders Collinet, Studi Perozzi S. 242 N. 6, schwerlich mit Recht. Siehe auch SZ. 46 S. 417.

[2]) Hierzu neuestens Schönbauer, SZ. 45 S. 363ff.; bes. S. 368 bis 379.

[3]) Mommsen, Jur. Schr. III S. 228, bes. N. 3.

[4]) Goldschmidt, Handb. des Handelsrechts III[3] S. 19 N. 21a. Anders Bechmann II S. 335 N. 2.

[5]) Bechmann I S. 17.

[6]) Partsch, SZ. 35 S. 336f.; Rabel, Grdz. S. 483 und SZ. 42 S. 561f. Anders Haymann II S. 49ff.

eitelt[1]), jedenfalls auf keinen Sachverhalt besser als den unseren. Eine gewisse Abhängigkeit aber zu erzielen, standen in der exceptio doli des Sachschuldners und in der exceptio mercis non traditae des Geldschuldners durchgreifende Behelfe zu Gebote. Denn wenn die letztere Einrede auch ediktal nur beim Speciesvertrieb des Auktionators gewesen zu sein scheint (Gai. IV 126a; Lenel § 272), so wird ihre Erstreckung auf andere Stipulationsfälle schon durch Jul. D. 19, 1, 25 (vgl. auch Pap. D. 21, 2, 68pr.) zweifellos.[2])

12. Wer die Gefahr einer solchen generell promittierten Ware zu tragen hat, ist leicht zu erschließen. Bis zur Erfüllung im dargelegten Sinne d. h. bis zur Verschaffung des Eigentums an Gattungsstücken vertragsmäßiger Qualität ist, wofern der Sachgläubiger sich nicht mit einer unzureichenden Leistung begnügt oder sich in Annahmeverzug befindet[3]), nihil actum: genus nec perisse nec deterius fieri censetur. Einen Schaden kann der Gläubiger also erst erleiden, sobald ihm vertragsmäßige Ware übergeben und übereignet (oder durch Ersitzung, Verarbeitung usw. zu eigen geworden) ist.[4]) Was beim Kauf nur für die Geldleistung zutrifft, gilt hier somit auch für die Sachleistung. Aber die Elastizität der Stipulation gibt erleichternden Abreden zugunsten des Warenschuldners naturgemäß Raum. Wer etwa mit einer bestimmten schwimmenden Ladung zu liefern gedachte, mochte sich von der Gefahr des Transportes dadurch entlasten, daß er seine Sponsion (ebenso wie der Preisschuldner die seine) unter die Bedingung stellte: si navis ex Asia (Africa) venerit. Wenn gerade dieser Fall in der klassischen Bedingungslehre zu einem Musterbeispiel geworden ist, das sogar im Bereich des Erbrechtes immer wieder verwandt wird[5]), so kann doch

[1]) Vgl. auch Bechmann I S. 596 N. 1, S. 597 N. 1, II S. 475 N. 3; Lenel, Lab. Nr. 218; Manenti, Bull. 23 S. 37f. — Das neueste Schrifttum zu dem fr. bei Stoll, SZ. 44 S. 61 N. 2.

[2]) Rabel, Grdz. S. 483 und SZ. 42 S. 561; Haymann II S. 55.

[3]) Vgl. etwa Jul. D. 30, 84, 3. [4]) Vgl. Bechmann II S. 334.

[5]) 22 Stellen in VIR. IV S. 30, 33ff.; vgl. auch VIR. V, S. 450, 7ff.

sein Heimatgebiet nur das des Kaufes oder der Lieferungsstipulation gewesen sein. Von einer (Geld- oder Sach-) Stipulation handeln denn auch zahlreiche dieser *navis*-Belege[1]) — vom Kauf höchstens einer.[2]) Das wird kei Zufall sein. Der Seehandel rechnet vorwiegend mit rein gattungmäßig bestimmter Ware, und diese paßt in den Typ der emptio venditio eben nicht hinein.

II. Kein Versendungskauf.

13. Aus dem Letztgesagten ergibt sich zugleich eine Bestätigung dafür, daß die Genusstipulation, wie sie dem börsenmäßigen Spekulationsgeschäft diente[3]), so auch für das handelsrechtliche Distanzlieferungsgeschäft unmittelbar verwendet wurde.[4]) Auch das im Stipulationsrecht beheimatete edictum de eo quod certo loco wird nicht bloß auf solche Fälle abgezielt haben, in denen die Ware bereits am vereinbarten Erfüllungsort lagerte.[5]) Eine derartige Versendungspflicht ist aber begrifflich nicht minder in Ansehung eines in specie bestimmten Gegenstandes möglich, und so fragt es sich, ob sie auch ex empto vendito abzufließen vermag. Daß der römische Verkäufer die Sache grundsätzlich lediglich zur Abholung bereit zu stellen braucht und zwar an dem Ort, an dem sie sich bei Vertragsschluß befindet, ist nicht bestritten; vgl.

Pomp. D. 19, 1, 3, 4 i. f. [6]): quod a Brundisio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundisi tradi oportet

---

[1]) Afr. D. 23, 4, 23 i. f.; 45, 1, 63; Gai. D. 45, 1, 141, 7 i. f.; 46, 1, 72; Scaev. D. 45, 1, 129; Paul. D. 12, 6, 60 pr.; 44, 7, 44, 2; Ulp. D. 4, 8, 11, 5; 46, 7, 13 pr.

[2]) Paul. D. 18, 6, 8, 1 behandelt den Fall: est ille servus emptus, sive navis ex Asia venerit sive non venerit. Aber hier befindet sich der Sklave offenbar gar nicht auf dem Schiff.

[3]) Mitteis, SZ. 19 S. 212 N. 1.

[4]) Übertreibend Krückmann a. a. O. S. 90: „Die Stipulation wird also nur dann stattgefunden haben, wenn die Ware nicht zur Hand war."

[5]) Mit dieser Einschränkung ist Krückmanns (S. 89) Beweisführung aus Dig. Tit. 13, 4 zu billigen.

[6]) Insoweit echt; vgl. neuerdings Betti, La litisaestimatio in rapporto al tempo (1919) S. 12f.; Guarneri Citati, Contrib. alla dottr. della mora (1923) S. 50.

(vgl. auch die klassischen Stücke von D. 18, 6, 1, 3; eod. 2pr.; 4, 2; 5). Wollte er den Transport übernehmen, so ließ sich das gewiß vereinbaren.[1]) Merkwürdigerweise ist jedoch eine solche vertragliche Übernahme in den Quellen nirgends zu finden.[2]) Sie kann also, wie man schließen darf, weder üblich gewesen noch auch nur in nennenswertem Umfang vorgekommen sein: einen Versendungskauf als typische Erscheinung hat es nicht gegeben.[3]) Das ist für den Spezieskauf auch nicht übermäßig erstaunlich. Es läßt sich zugleich durch wirtschaftliche Gesichtspunkte stützen. Der Distanzkauf entwickelt sich da, wo der Gütertransport als ein übersehbarer und einigermaßen sicherer Faktor in die Rechnung eingestellt werden kann. Daran fehlte es durchaus. Die Staatspost diente nicht dem privaten Verkehr[4]), und sonstige Beförderungsanstalten standen nicht zur Verfügung. Eine Transportversicherung war, wenn auch nicht in der Idee[5]), so doch als allgemeine Einrichtung zweifellos nicht vorhanden. Und so wird der Kleinhändler und der Verbraucher sich mit dem Kauf geduldet haben, bis die Ware ihm zugeführt war. Der Großhändler erwartete sie im Hafen und kaufte sie dort im ganzen (also als Spezies) auf.[6]) Oder er war selbst zugleich der Reeder[7]), der den Import durch seine freien oder unfreien magistri, mit eigenem oder geliehenem[8]) Gelde besorgte[9]), um das glücklich

---

[1]) Vgl. Ihering in seinem Jahrb. 4, S. 421ff., 428; Bechmann II S. 102, 383, III 1, S. 99f.

[2]) Auch nicht in D. 19, 1, 54pr. i. f.: si ei (scil. servo) imperasti, ut ad emptorem iret, qui peregre esset (dazu Bechmann III, 1, S. 103 N. 3, S. 105 N. 3). Überdies ist der Zusammenhang, in dem die Worte stehen, sicher nicht klassisch: Pernice, Lab. II 2, S. 235 N. 4; Lusignani, Responsabilità per custodia II S. 11ff.; Schulz S. 56; Haymann I S. 258ff.

[3]) Vgl. auch Regelsberger, Arch. ziv. Prax. 49 (1866) S. 201 und Krit. Viert. Schr. 13 (1871) S. 111ff.

[4]) Seeck R.-E. IV S. 1846ff. [5]) Mitteis, SZ. 19 S. 201.

[6]) Vgl. etwa CIL. XIV 2852, 10.

[7]) Sen. ep. 119, 5; dazu Friedländer-Wissowa, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms (9. Aufl.) I S. 156.

[8]) Dazu Pringsheim, Kauf mit fremdem Gelde S. 22ff., 143ff.

[9]) Zum Seehandel (mit vielen Belegen) Friedländer-Wissowa I S. 215f., 365ff., zum Kornhandel insbes. Rostowzew, R.-E. VII S. 139ff.

angekommene Gut alsbald abzusetzen oder durch Binnentransport[1]) dorthin weiterzuleiten, wo es feilgehalten werden sollte — nicht selten wohl in besonderen Auktionslokalen durch dort ansässige argentarii.[2]) Auf diese Weise blieb die Ware bis zur jeweiligen Veräußerung regelmäßig in der Hand des Erzeugers, Groß- oder Zwischenhändlers.[3]) Wer sie kaufte, hatte sie sich selbst heimzuholen oder zu fernerem Vertrieb weiterzubefördern — und dies auch dann, wenn Kaufort und Lagerungsort einmal nicht zusammenfielen. Im Bereich des Spezieskaufes wird das ohnehin nicht allzu häufig gewesen sein. — Erwägungen dieser Art dürfen bei der Beurteilung des Periculum nicht außer acht gelassen werden. Gerade der Versendungskauf, durch den es dem modernen deutschen Verkäufer gelingt, die im Prinzip ihn treffende Gefahr auf einen beliebig geringen Zeitraum einzuschränken, lag außerhalb des Gesichtskreises der römischen Klassiker.

III. Zusammenfassung.

14. Der Typ des Sachkaufes[4]), der ihnen vor Augen steht, ist dem Gegenstande nach der Specieskauf[5]), nach der Leistungstätigkeit der Parteien beurteilt, der Holkauf.[6]) Aus dem ersten Grunde wird der Satz vom periculum emptoris wenigstens verständlich, aus dem zweiten ist er

---

[1]) Von einem solchen redet etwa D. 19, 2, 13, 1; eod. 25, 7; vgl. auch Krückmann a. a. O. S. 91.

[2]) Über die Rolle der Auktion im römischen Handel: Mommsen, Jur. Schr. III S. 225ff.; Karlowa II S. 629ff.; Rabel, Grdz. S. 508 N. 3; Schönbauer, SZ. 45 S. 371ff.

[3]) Vgl. auch W. Endemann, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre II (1883) S. 80f.; Bechmann II S. 336, III 1 S. 172 N. 1; Beseler III S. 200.

[4]) Der Rechtskauf als sekundäre Bildung ist hier nicht zu erörtern. Es wäre leicht begreiflich, wenn er sich auch in der Gefahrfrage nach dem Sachkauf orientiert hätte. Für den Forderungskauf vgl. etwa Paul. D. 20, 1, 30 init., für den Erbschaftskauf Ulp. D. 18, 4, 2, 9; zum letzteren siehe auch Rabel S. 547f.

[5]) Daß dem die Anerkennung des Kaufs aus bestimmtem Vorrat (des sog. beschränkten Gattungskaufes) nicht widerspricht, darüber unten Nr. 47.

[6]) Vgl. auch Bechmann II S. 102; III 1 S. 172f.

verständig[1]), — ebenso verständig wie etwa das den Holkauf besonders berücksichtigende neuskandinavische Recht[2]), verständiger als das ihn vernachlässigende deutsche.[3]) Schon allein dieserhalb wird man jedenfalls das Vorurteil ablegen müssen, daß im römischen Rahmen die Gefahrtragung des Käufers etwas Unvernünftiges sei. Ob und inwieweit sie die Lehre der Klassiker gewesen ist, ist nun aus den Quellen zu ermitteln.

Die Voraussetzungen des Gefahrüberganges.

I. Einführung: Inst. 3, 23, 3 und 3a.

15. Vom Periculum beim Kauf ist allein in den justinianischen Rechtsbüchern mehr als 50mal die Rede. Die grundsätzliche zusammenfassende Erörterung der Frage für den gewöhnlichen, nicht durch Nebenabreden verwickelten Spezieskauf steht bekanntlich in Inst. 3, 23, 3. 3a.[4])

§ 3. Cum autem emptio et venditio contracta sit[5]) (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit [cum sine scriptura res agitur][6])), periculum[7]) rei venditae

[1]) Dazu unten Nr. 18.

[2]) Schwed. Ges. über Kauf und Tausch von Fahrnis (1905) § 17, Dän. Kaufgesetz (1906) § 17, Norweg. Kaufgesetz (1907) § 17, Isländ. Kaufgesetz (1911) 17gr. (Texte in Almén-Neubecker, Skandinav. Kaufrecht [1922] III S. 6f., 44f., 70, 83) und dazu Almén-Neubecker I S. 210.

[3]) Vgl. dazu Ebbecke in Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zum Entwurf eines BGB. (1890/91) II S. 232; Krückmann, Zur Reform des Kaufrechtes (1896) S. 48.

[4]) Lit.: Lusignani II S. 16f., 43ff.; Schulz S. 58, 70, auch SZ. 32, S. 75; Haymann I S. 173, 315ff., 328, 333, II S. 148ff.; Rabel S. 554, 556; P. Krüger z. d. St. [Zum § 3a soeben in der Hauptsache treffend Vážny Annal. Palerm. 12 S. 106 N. 1, 144ff.]

[5]) Den Zeitpunkt der emptio contracta mit dem der emptio perfecta (über diese unten Nr. 18) legt die Elementardarstellung aus pädagogischen Gründen zusammen: vgl. unten S. 153 N. 12.

[6]) Lit. bei Haymann II S. 149 N. 3, wo jedoch Ferrini statt Riccobono zu zitieren war. — M. E. beginnt der Einschub schon mit *quod*; er hat im ganzen nur den Zweck, die justinianische Unterscheidung von schriftlosem und schriftlichem Kauf mit eben den Worten des princ. in Erinnerung zu bringen.

[7]) Nämlich das der höheren Gewalt, auf die sich die Fälle zu a—c (soweit echt) allein beziehen. Von custodia handelt erst § 3a, dazu

statim[1]) ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita[2]) non sit. Itaque si

a) homo mortuus[3]) sit [vel aliqua parte[4]) corporis laesus fuerit][5]) aut
b) aedes [totae aut[6]) aliqua ex parte] incendio consumptae fuerint aut
c) fundus vi fluminis [totus vel aliqua ex parte] ablatus sit [sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis[7]) longe[8]) minor aut deterior esse coeperit]:

emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere[9]). Quidquid enim ⟨ex his⟩[10]) sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.

Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem

---

unten Nr. 17; vgl. auch Rabel a. a. O. Zur Terminologie allgemein vgl. unten Nr. 75.

[1]) Das den *tametsi*-Satz wiederholende *statim* ist nicht sehr „verdächtig" (Haymann), sondern exoterischer Lehrbuchstil. Das *statim* ist auch in Gai. Inst. sehr häufig entbehrlich; insbesondere zu vergleichen sind etwa II 195 (statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse) und III 179, IV 164.

[2]) Gleichgültig ob res mancipi; *tradita* echt. In der Aufzählung a—c sind a und c res mancipi, b (streng genommen) nicht.

[3]) Eines natürlichen Todes, vielleicht nach Unglücksfall. An Selbstmord denkt der Verfasser nicht, doch würde ein solcher Tatbestand bei einem Normalsklaven (non custodiendus) gleichfalls nicht in den Rahmen einer Custodiahaftung fallen.

[4]) Inkongruenz gegenüber dem *aliqua ex parte* in b und c.

[5]) Diese regelmäßig (a—c) wiederkehrenden pedantischen Hinweise auf Teilverletzungen sind sämtlich Einschübe. Teilweise ebenso Rabel a. a. O.

[6]) In a und c werden die Unterteilungen korrekter durch *vel* eingeführt.

[7]) An sich gutes Beispiel.

[8]) Schief. Auf die Höhe des (fatalen) Schadens kommt es nicht an. Ebenso Rabel a. a. O.

[9]) Der Relativsatz enthält wiederum eine exoterische Belehrung — wie etwa das schwedische Kaufgesetz (von 1905) § 17.

[10]) Das ist mindestens hinzuzudenken und schon aus dem Zusammenhang abzuleiten. Im Bereich der *custodia*-Zufälle wäre der Venditor nicht *securus*.

accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est.

§ 3 a. Quod si fugerit homo qui veniit [aut subreptus fuerit[1])], ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat[2]), animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem[3]) venditor susceperit. Sane enim,

a) si susceperit, ad ipsius periculum is[4]) casus[5]) pertinet:

b) si non susceperit, securus erit.

[Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus.][6])

[1]) Natürlich mit seinem Willen. Gedacht ist an den erwachsenen Normalsklaven (non fugitivus; beim fugitivus wäre auch die Rolle des Ädilenedikts nicht zu übersehen gewesen). Vgl. die folgende Note. — Über den Diebstahl an einem servus non custodiendus hat Seckel anläßlich seiner Seminarübungen vom Sommer 1923 folgende Sätze skizziert: „1. Gewahrsamsbruch oder dergleichen: nur mit seinem Willen möglich = sich stehlen lassen. — 2. Entlegene Unterschlagungsfälle möglich ohne Mitwirkung des Sklaven: a) ‚Käufer' zeigt dem Sklaven gefälschte Kaufurkunde vor, daß Sklave ihm zu folgen habe. b) Pseudogläubiger nimmt wissentlich die Lieferung eines nicht geschuldeten Sklaven an. c) Sklave verhypotheziert; sein Herr verkauft ihn. Die Fälle sub 2 haben mit *custodia* nichts zu tun: kustodiert wird gegen Diebstahl, nicht gegen List. — 3. Überwältigung des Sklaven: ist Raub (a. vi bon. rapt.), nicht einfacher Diebstahl", liegt also ebenfalls außerhalb der *custodia*. — Dies zu den Angriffen von Haymann I S. 172 N. 2 und Beseler IV S. 297 auf m. Konkurrenz I S. 409f. [meinen Ausführungen tritt jetzt auch Vážný, Annal. Palerm. 12 (1926) S. 105f., 145 N. 1 bei; Zusatz i. d. Korr.] Der Regel nach, die die klassische Theorie zugrunde gelegt haben muß, war also das furtum in der Tat ein Unterfall der fuga servi. Und so forderte die Darstellung das *aut subreptus fuerit* nicht unbedingt. Da es auch äußeren Anständen ausgesetzt ist (drei Argumente: Haymann I S. 317 bei N. 4), so wird es (wie Lusignani, Schulz, Haymann, P. Krüger annehmen; anders Seckel, [Vážný]) formal wohl dem Urtext fremd sein. Siehe dazu unten Nr. 17 a. E.

[2]) Damit wird aus dem Tatbestande gleichzeitig der *servus custodiendus* ausgeschieden; zu einem solchen wird der Sklave, sobald er fluchtverdächtig wird (vgl. Gai. D. 6, 1, 36, 1; Ulp. D. 21, 1, 17, 4).

[3]) Nicht: *mancipationem*.

[4]) So hätten Flucht und Entwendung allenfalls zusammengefaßt werden können, weil, von der Seite des Verkäufers aus gesehen, beide sachlich identisch sind. Siehe aber eben N. 1 a. E.

[5]) d. h. casus custodiae. Gegensatz: vis maior, vgl. den homo mortuus des § 3.

[6]) Vgl. dazu schon Savigny, Syst. I S. 285 N. 1; F. Mommsen,



Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori[1]) [quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est].[2])

[Idem est etiam de furti et de damni iniuriae actione.][3])

16. Das im Vorstehenden gekennzeichnete vermutliche Beiwerk darf hier auf sich beruhen. Was übrig bleibt, läuft im wesentlichen sprachlich und logisch so glatt und klingt bekanntermaßen vielfach so gajanisch[4]), daß der Unvoreingenommene aus der Stelle selbst ein Bedenken gegen ihre klassische Herkunft schwerlich wird ableiten können.[5]) Der erste Satz bringt das Prinzip, daß ohne Rücksicht auf Tradition schon mit dem Kaufabschluß das periculum dem Käufer obliegt. Der zweite erhärtet das durch Beispiele, die zwischen äußeren Einwirkungen und inneren Veränderungen (mortuus) nicht unterscheiden, dafür aber sämtlich Naturereignisse, also der custodia unzugängliche Schäden betreffen und so das periculum von dem niederen Zufallsschaden abgrenzen, zu dem dann erst das Folgende übergeht.[6]) Zugleich wird verdeutlicht, daß das periculum emptoris in der Fortdauer der Preiszahlungspflicht besteht: der Käufer hat im Ergebnis weder Ware noch Geld; der Verkäufer hat für die Ware das Geld und ist also ohne Schaden (securus).[7]) Das ist er aber nur, wenn

---

Beiträge z. Obligationenrecht 1 S. 131 N. 13 sowie die Neueren seit Lusignani II S. 51.

[1]) Fast wörtlich = Gai. 10 ad ed. prov. D. 18, 1, 35, 4, dessen entsprechender Satz in der Hauptsache einwandfrei ist und also wohl bei der Verkürzung und Überarbeitung des Originals (unten Nr. 17 a. E.) unverändert geblieben sein wird. Zu radikal Beseler III S. 185, Haymann I S. 314f.

[2]) *Rem* statt *hominem* sehr bedenklich. Der *quia*-Satz erklärt nur, daß der Verkäufer die Aktionen hat, nicht, daß er sie abtreten muß.

[3]) Vgl. Lusignani, Schulz und unten S. 148 N. 2.

[4]) Vgl. schon Ferrini, Bull. 13, 179 (aber nicht durchweg richtig).

[5]) Gegen Haymanns Rekonstruktionsversuche überzeugend Rabel S. 557 N. 1, 2.

[6]) Siehe unten Nr. 17.

[7]) Diesen negativen und weiten Sinn hat das von Gaius gern verwendete *securus*. Also keine „byzantinische Verquickung (enim!) dieser Frage des Regresses mit der nach dem Schicksal des Kaufpreisanspruchs" (Haymann II S. 150).

das Naturereignis ohne seine Schuld[1]) eingetreten ist (Satz 3); anderenfalls bleibt für das *periculum*-Problem kein Raum. Der Schluß knüpft an das letzte Beispiel an: hat die *vis fluminis* das gekaufte Grundstück nicht durch *ablatio* verkleinert, sondern durch *alluvio* vergrößert, so ist das zu des Käufers Vorteil, weil — nach anerkannt klassischem Satz[2]) — *commodum* und *periculum* parallel gehen: einen anderen durchschlagenden Grund gibt es für die Zuteilung der Anlandung in der Tat nicht.[3])

Der § 3a behandelt den Sonderfall, daß ein *homo non custodiendus*[4]) dem Verkäufer ohne dessen Verschulden vor der Übergabe entflieht (insbesondere entwendet wird).[5]) Da es mangels einer *res custodiri solita* eine „Custodiahaftung ex lege" nicht gibt[6]), so kommt es für die Belastung des Verkäufers mit diesem Schaden ausschließlich darauf an, ob er die custodia des Sklaven durch besondere Abrede übernommen, modern ausgedrückt: ob er den Käufer gegen niederen Zufall versichert hat. Wenn ja, dann fällt dieser Schaden (is casus) ohne weiteres unter das periculum custodiae, d. h. der Verkäufer hat gegen Zahlung des Preises vollen Ersatz zu leisten; für eine Klagabtretung ist daneben kein Raum.[7]) Wenn nein, dann bleibt er in Auswirkung des periculum emptoris genau wie im § 3 ohne Einbuße (securus erit). Aber dem Recht auf den Preis entspricht ex fide bona die Pflicht zur Abtretung der ihm in Ansehung

---

[1]) sine dolo et culpa. Im Bezirk der vis maior hat die custodia keine Stätte.

[2]) So auch Haymann I S. 316; Rabel S. 550, 560.

[3]) Die „Untrennbarkeit von Urbestandteil und Zuwachs" (Haymann I S. 333) beherrscht nur das sachenrechtliche Schicksal des Zuwachses (wem gehört er?; daher auch Ulp. D. 7, 1, 9, 4), nicht die schuldrechtliche Verteilung zwischen den Kaufparteien (wem gebührt er? treffend: ad commodum ... pertinet). — Zu der Frage beim bedingten Kauf unten Nr. 32.

[4]) Oben S. 145 N. 2, vgl. auch Ferrini, Pand. S. 683 N. 1.

[5]) Hierzu oben S. 145 N. 1.

[6]) Seckel-Heumann, custodia 1a im Anfang gegen Schulz, SZ. 32 S. 75, Krit. Viert. Schr. 50 S. 70; Haymann I S. 318.

[7]) Siehe unten Nr. 75 gegen Ende zu D. 47, 2, 14pr, Satz 2.

des Sklaven zustehenden Aktionen[1]): das ist immer die Vindikation gegen einen dritten Besitzer, regelmäßig[2]) ferner die condictio furtiva und die actio furti[3]). Würde dieses sog. stellvertretende commodum nicht zur Ausgleichung des periculum emptoris verwendet, so zöge der Verkäufer aus dem Verschwinden seines Sklaven einen Gewinn, der der formularen fides bona aufs schärfste widerstritte.

17. Das einzige, was an diesem schlüssigen und, das periculum emptoris einmal vorausgesetzt, durchaus vernünftigen Gedankengang auffällt, ist der Sprung vom periculum der höheren Gewalt (§ 3) zu dem Sondertatbestand des § 3a. Gemeinsam ist ihnen beiden freilich, daß sie sich im custodiafreien Gebiete abspielen. Aber ein Schriftsteller und insonderheit ein erfahrener Elementarlehrer kann nicht die Ausnahme des servus non custodiendus behandelt haben, ohne vorher der Regel der Custodiahaftung zu gedenken, die dann eingriff, wenn die *res vendita*, die *per furtum perierit* (Gai. D. 18, 1, 35, 4), nicht gerade ein Sklave war. Ohne diese Regel, die für den § 3a die notwendige Basis ist, spricht aber auch der § 3 nur halbe Wahrheit. Beide verlangen gleichmäßig nach dem Mittelglied, dessen Motto bei Ulp. D. 47, 2, 14 pr. i. f. steht:

> et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.[4])

Eine solche Erörterung dürfte ursprünglich zwischen § 3 und § 3a wirklich gestanden haben. Der Grund ihrer Tilgung liegt in dem bekannten Wunsche der Byzantiner, die Custodiahaftung auszuschließen, zu welchem Ende sich

---

[1]) S. auch Paul. D. 18, 4, 21 (dazu u. Nr. 82) und namentlich das bis *proficit* im Kern nicht zu beanstandende Nerat. D. 19, 1, 31 pr.

[2]) Vgl. oben S. 145 N. 1.

[3]) Diese begegnet freilich nur in dem unechten Schlußsatz und in dem verfälschten Mittelstück von D. 47, 2, 14 pr.; auch fehlt sie in D. 18, 1, 35, 4. Aber sie kann dem Verkäufer nicht verblieben sein: vgl. auch Lusignani S. 41 f., 51, ganz anders Schulz S. 69 f. Deshalb wird man in dem *idem*-Satze eine byzantinische Summa des getilgten Fortganges der klassischen Darstellung zu vermuten haben.

[4]) Hierzu unten Nr. 74, 75.

neben der Umwandlung in den Culpamaßstab der Weg bot, sie von einer selbständigen conventio de custodia rei abhängig zu machen, wie sie die Quellen in dem Sonderfall des servus custodiendus enthielten. Diesen Weg beschritt man im § 3a. Darauf weisen noch die beiden Embleme, die berufen waren, die entstandene Lücke zu füllen. Das eine ergänzt den Tatbestand durch das Diebstahlsbeispiel des weggeschnittenen Stückes *aut subreptus fuerit*, das andere verallgemeinert das Erfordernis der Custodiaübernahme durch *idem et*. Die verkürzende und ändernde Arbeit, die die Byzantiner hier leisteten, findet in Gai. D. 18, 1, 35, 4 ihr sprechendes Gegenstück.

II. Emptio perfecta (Abholungsreife).

18. Im ganzen genommen, schafft die Institutionenstelle eine überaus ernsthafte Quellenbasis für die Klassizität des periculum emptoris. Aber ihrem literarischen Zweck entsprechend, versucht sie es kaum, in die Dogmatik des Satzes tiefer einzudringen, wie es vor allem die Digestenfragmente tun. Von dieser Dogmatik ist nun ein Bild zu gewinnen.

Der denkbar früheste Zeitpunkt für den Beginn des periculum emptoris ist der Augenblick, in dem die *emptio venditio contrahitur*, also die Willenseinigung der Parteien über Kaufsache und Kaufpreis zustande kommt. Dieser Augenblick ist bei dem normalen Kauf, für den wir Inst. 3, 23, 3 folgen dürfen, in der Tat der entscheidende *(statim)*. Und das widerstreitet nicht der Billigkeit. Denn wenn der Käufer die Sache (gegen Zahlung: Marcell.-Ulp. D. 21, 1, 31, 8; Ulp. D. 19, 1, 13, 8) abzuholen und der Verkäufer sie ihm bereitzuhalten hat, so begreift es sich, daß die (durch die custodia-Pflicht des Verkäufers ergänzte und so in vernünftigen[1]) Grenzen gehaltene) Gefahr derjenige

[1]) Vernünftig, weil von dem Verkäufer, dem der Kaufpreis sicher ist und der obendrein die Sache *quasi pignus retinere potest* (Ulp. D. 19, 1, 13, 8), dafür ex fide bona erwartet werden muß, daß er für ihre Bereithaltung und Bewahrung einsteht, also selbst zufällige Lieferungshindernisse, soweit sie mittels custodia abwendbar sind, fernhält.

trägt, dem die Initiative zum Vollzug der Vereinbarungen offensteht und obliegt[1]) und dem so die beliebige Abkürzung der ihn von der Herrschaftserlangung trennenden Zwischenzeit allein in die Hand gegeben ist. Allein nicht jeder Käufer ist in dieser günstigen Lage. Er ist es nicht, wenn der Kauf unter einer Suspensivbedingung (s. u. Abschnitt III) oder einem zugunsten des Verkäufers vereinbarten Anfangstermin (Abschn. VIII) abgeschlossen oder wenn die Kaufsache alternativ bestimmt ist (Abschn. VII). Er ist es nicht, wenn der vereinbarte Preis erst nach Messen, Wägen, Zählen der verkauften Ware errechnet (Abschn. IV) oder die verkaufte Menge erst aus einem bestimmten Vorrat ausgesondert werden soll (Abschn. V). Er ist es nicht, wenn der Verkäufer die Kaufsache erst noch zu bearbeiten oder anzuschaffen hat (u. Nr. 47). In anderen Fällen ist dem Käufer die Abholung zwar möglich, aber ex fide bona nicht zumutbar: so wenn ein Anfangstermin (Abschn. VIII) oder ein Rücktrittsvorbehalt (Abschn. VI) zu seinen Gunsten besteht; wenn die Sache mangelhaft (Abschn. X) oder erst noch von fremdem Besitz zu befreien ist (Abschn. IX). Falls in einem dieser Stadien die Kaufsache unterginge, verstände sich die Belastung des Käufers weniger leicht. Und so ist denn in Rücksicht auf derartige Fälle die klassische Jurisprudenz dazu gelangt, den Zeitpunkt des Gefahrüberganges zugunsten des Käufers zu verschieben, derart, daß nicht mechanisch der Kaufabschluß maßgebend sei, sondern erst *perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet* (D. 18, 6, 8pr.).

19. Die Überlieferung verwendet den Ausdruck *perficere (perfectus, imperfectus)* bei Rechtsgeschäften verschiedener Art in einer großen Zahl von Stellen, deren systematische Durchleuchtung aufschlußreich und wünschenswert wäre. Eine solche Untersuchung würde gewisse Schwankungen des Sprachgebrauches wahrnehmen, ähnliche Schwankungen, wie sie noch die moderne Dogmatik verrät, der ja die Lehre von der „Perfektion" eines rechts-

[1]) Vgl. namentlich Bechmann II S. 102; siehe auch Rabel S. 563 oben.

geschäftlichen Tatbestandes keineswegs fremd ist.[1]) „Vollendet sich" ein Vertrag mit der Einigung der Parteien oder erst mit dem Eintritt der vereinbarten Bedingung, der Erteilung der erforderlichen Zustimmung eines Dritten usw.? d. h.: schon mit dem Abschluß oder erst mit dem Wirksamwerden? Indessen sind die Mehrdeutigkeiten der Überlieferung, wie sie z. B. beim testamentum perfectum zutage zu treten scheinen[2]), hier nicht zu verfolgen. In einigen Anwendungsfällen redet die klassische Rechtssprache durchaus technisch[3]) und zwar in dem engeren Sinne, daß „perfekt" nur das Geschäft ist, das nicht bloß einen äußerlich einwandfreien Begründungsakt aufweist, sondern auch die ihm gemäßen Rechtsfolgen herbeiführt, also das wirksame Geschäft. Zu diesen Fällen gehört vielleicht die Stipulation[4]), sicher die Schenkung und der Kauf. Aber die nähere Ausdeutung der „Wirksamkeit"[5]) ist aus geschichtlichen Gründen bei jedem Geschäfte ihre eigenen Wege gegangen. Die donatio perfecta ist die vollzogene (und deshalb eines Rechtsschutzes nicht mehr

---

[1]) Vgl. Siber, Buchrechtsgeschäft (1909) S. 139, v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechtes II S. 486.

[2]) Vgl. etwa einerseits Ulp. D. 29, 3, 2, 1, andererseits Afr. D. 48, 10, 6pr. S. überdies Dernburg, Pand. 6. Aufl. III § 94 N. 5.

[3]) Anders Haymann II S. 80, Arangio-Ruiz, Istit. I S. 233 N. 1.

[4]) Vgl. Pap. D. 45, 1, 115pr.: inperfecta erit stipulatio; Gegensatz: vires habebit. — Entgegengesetzt (auf den Errichtungsakt bezüglich) D. eod. 137, 1: Si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit: nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur. Aber im Schlußsatz ist nicht nur *perficitur* unecht (so Betti, Bull. 28, 47); er stammt überhaupt nicht von Venuleius, sondern gehört zu einer Gruppe von Interpolationen, die formal durch das seltsame *ex* (Pap. D. 2, 15, 5; Paul. D. 45, 1, 83, 1; dazu Schulz, SZ. 43 S. 213 N. 1), sachlich durch die Auffassung des Konsenses als eines besonderen Tatbestandsmerkmals der Stipulation (Riccobono, SZ. 43 S. 274ff.) gekennzeichnet werden. Vgl. überdies D. 18, 1, 9pr. und dazu unten S. 154 N. 1. — Entgegengesetzt wohl auch Paul. D. 44, 7, 44, 2; doch ist auf diese Stelle kein Verlaß: vgl. die Konjektur Mommsens und ferner H. Krüger, Exc. doli I S. 177ff.; Bonfante, Istit., 8. Aufl., S. 79 N. 1; Mitteis, Röm. Priv. R. I S. 179 N. 52. — Zu Paul. D. 46, 4, 14 siehe Riccobono a. a. O. S. 287f.

[5]) Und noch mehr die Bestimmung ihrer Voraussetzungen und Folgen.

bedürftige) Schenkung.[1]) Die emptio (venditio) perfecta — oder gleichbedeutend venditio impleta[2]) — ist der durch Abholung oder Besitzergreifung des Käufers vollziehbare Kauf.[3])

Auch beim Kauf ist der Begriff naturgemäß aus der Beobachtung der Tatbestände erwachsen, die seiner Perfektion d. h. seiner Erfüllbarkeit entgegenstehen. Deshalb ausdrücklich keine emptio perfecta, wo der Kauf aufschiebend bedingt[4]), wo der Preis noch nicht durch das erforderliche *admetiri adpendere adnumerare* festgestellt ist[5]) oder wo der Verkäufer eine fremdbesitzfreie (vacua) possessio nicht bieten kann.[6]) Und „daß die Ausdehnung

---

[1]) Mitteis, Röm. Priv. R. I S. 160f.; siehe auch Rabel, Grdz. S. 513.

[2]) Ulp. D. 18, 1, 7, 2: valet venditio et statim impletur (nicht etwa: impleri debet!); Ulp. D. 23, 3, 10, 5 = § 4 (perficitur), Paul. D. 41, 4, 2, 3 (wo *emptio* einzufügen ist: Mommsen; Longo, Bull. 31 S. 48) = § 4 (perfectam). Auch Ulp. D. 18, 2, 4, 5 = eod. 2pr. (perficiatur), aber hier wohl beide Male nachklassisch: siehe auch unten N. 4.

[3]) Dieser Kernsatz ist aus dem Nachlaß deutlich belegbar. — Treffend bereits Bechmann I S. 690ff.; III 1 S. 173f.; vgl. dazu II S. 322ff., 396, dessen bedeutendes Werk überhaupt weder bei den Historikern noch bei den Dogmatikern die Anerkennung gefunden hat, die es beanspruchen darf. Anders Haymann II S. 79ff. Siehe ferner unten Nr. 77.

[4]) Paul. D. 18, 6, 8pr. § 1 (hierzu unten Abschn. III); 21, 1, 43, 9 (siehe unten S. 240 N. 1); 40, 12, 38pr.; 41, 4, 2 §§ 3 (implere), 4; 50, 1, 21, 7 (dazu vgl. Mitteis a. a. O. I S. 178 N. 48); Ulp. D. 18, 1, 7pr. init. (aber wohl Glossem: Beseler II S. 57); 18, 2, 2pr. und eod. 4, 5 (implere) (aber beides wohl nachklassisch: Beseler I S. 85, III S. 145, Rabel, Grdz. S. 503 N. 4, Longo, Bull. 31 S. 44f., Haymann II S. 79 N. 3 u. a.); 23, 3, 10, §§ 4, 5 (implere).

[5]) Gai. D. 18, 1, 35, 5. 6 (fünfmal). Ebenfalls unfertig ist der Kaufpreis in § 1 eod., dessen Inhalt, soweit das *aequum putaveris* in Betracht kommt, sehr wohl klassisch sein könnte (vgl. Riccobono, Mél. Cornil II S. 315). Indessen erweckt das *quanti velis* Zweifel an dem gültigen Abschluß des Kaufvertrags. Und so werden die Kompilatoren an der Zusammenziehung der verschiedenen Fälle beteiligt sein (vgl. auch Cujaz, Opp. I 1195, ed. Nap.). Keineswegs ist imperfectum = nullum, wie Albertario, L'arbitrium boni viri S. 30 unter Heranziehung des unechten D. eod. 9pr. (unten S. 154 N. 1) glaubt.

[6]) C. 4, 38, 12pr. (Diocl.); vgl. auch C. 4, 48, 1 (a. 223); dazu unten Nr. 65.

dieses Sprachgebrauches auf die übrigen Fälle" der oben S. 149f. bezeichneten Art „im Geiste der römischen Juristen ist"[1]), ist von innen her anzunehmen und durch D. 18, 6, 8pr. init. belegbar.[2]) Bejaht wird die emptio perfecta z. B., wenn das pignus dem Ersteher addiziert ist[3]) oder wenn die Abrede lautet: „est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero".[4]) [5]) Sabinus-Cassius[6]) und Julian[7]), Gaius[8]) und Paulus[9]) untersuchen und entscheiden *perfectam esse venditionem*, nicht als ob der Abschluß des Kaufvertrages einem Zweifel unterläge, sondern im Sinne seiner Vollziehbarkeit. Ist der Kauf sofort mit dem Abschluß vollziehbar, so fällt die *emptio perfecta* mit der *emptio contracta* zusammen[10]) und beansprucht deshalb, soweit nicht eigens auf die Gefahrtragung abgezielt wird[11]), kein selbständiges Interesse. In diesem Normalfalle ist daher eine Vertauschung beider Begriffe nicht schädlich, aber freilich auch nicht sonderlich nützlich. Und so begegnet sie, wenn überhaupt, nur vereinzelt und an einleitender Stelle, wo an einen anderen als den Normalfall gar nicht gedacht wird.[12]) Überall sonst ist *perfecta* = *contracta* hier nachklas-

---

[1]) Bechmann II S. 322 N. 4.

[2]) Ohne Erkennbarkeit des konkreten Gegensatzes tritt die emptio perfecta in Beziehung zur Gefahrtragung z. B. in C. 4, 49, 16 + 4, 48, 6 (a. 294); 4, 49, 13 (a. 294). Vgl. auch C. 8, 44, 24pr. (a. 294); dazu unten Nr. 68 a. E.

[3]) Ulp. D. 42, 1, 15, 6; vgl. Gai. III 79 i. f. (complere). Dazu unten S. 154 N. 2.

[4]) Ulp. D. 18, 1, 7, 2 (implere).

[5]) Ferner: wenn die Ware für den Käufer hinterlegt ist: D. 46, 3, 39 i. f. Doch dürfte hier ein Glossem vorliegen (siehe unten Nr. 71 a. E.).

[6]) D. 18, 1, 35, 5. [7]) D. 18, 6, 8, 1; D. 41, 4, 2, 4.

[8]) D. 18, 1, 35, 5. 6. [9]) D. 18, 6, 8pr.

[10]) *Contrahere emptionem* (*venditionem*) nach VIR. etwa 45 mal.

[11]) Wie z. B. in dem allen Kaufverträgen gerecht werdenden Dogma: *perfecta emptione periculum ad emptorem respicit.*

[12]) So einerseits Inst. 3, 23, 3 init.: contracta (oben S. 143 N. 5); andererseits Ulp. 1 Sab. D. 18, 1, 2, 1: non autem pretii numeratio, sed conventio perficit emptionem, doch ist die ulpianische Provenienz der Satzbildung angesichts der Substantivierung (vgl. consensus facit nuptias: m. Ehescheidung S. 67ff.) und der Inskription (de familiae mancipatione: Lenel Nr. 2427) nicht ganz außer Zweifel.

sisch.[1]) Ebenfalls nachklassisch ist das andere Extrem, daß (seltener) *perficere*[2]) und (häufiger) *implere* usw.[3]) nicht auf die bloße Erfüllbarkeit, sondern auf die geschehene Erfüllung des Kaufes hinweisen.

Dies die terminologische Grundlage der klassischen Lehre von den Perfektionshindernissen d. h. von den Tatbeständen, die trotz gültigen Kaufabschlusses den Gefahrübergang auf den Käufer vereiteln. Die Dogmengeschichte, die theoretische Vertiefung und praktische Tragweite dieser Lehre gilt es nun aus den Quellen kritisch zu ermitteln.

III. D. 18, 6, 8pr., insbesondere der aufschiebend bedingte Kauf.

20. D. 18, 6, 8pr.[4]) ist nicht nur dasjenige Fragment, das das Gefahrproblem im bedingten Kauf am eingehend-

---

[1]) D. 18, 1, 9pr. [ceterum — imperfecta est]; die Gründe liegen zutage; vgl. auch Beseler, SZ. 45 S. 222. — D. 18, 6, 8pr. [quasi iam contracta emptione in praeteritum]; siehe unten S. 164 N. 3. — D. 18, 6, 8, 1 [quoniam — contractam] u. S. 165 N. 4. — D. 19, 5, 20, 1 i. f. [. . . perfecta . . . nondum perfecta . . .], vgl. Gradenwitz, Interpol. S. 139; de Francisci, Synallagma I S. 298ff., Haymann II S. 127ff. — D. 21, 2, 11pr. [post contractam emptionem] siehe unten S. 232 N. 1. — D. 43, 24, 11, 12 [post venditionem contractam] siehe unten S. 250 N. 3. — Ebenso abgeblaßt in den Reskripten Diokletians C. 4, 44, 3; eod. 5, 1; eod. 7; 4, 45, 2pr.; 4, 49, 6; 4, 51, 3. Zu D. 18, 6, 1pr. und § 1 unten S. 208 N. 3 u. 8.

[2]) D. 18, 1, 57pr. (anerkannt unecht); D. eod. 63pr. i. f. (Beseler IV S. 131, Haymann II S. 79 N. 3); C. 4, 48, 2pr., § 1 (a. 223): dazu unten S. 198 N. 2; C. 4, 50, 9 (a. 294). — Nicht hierher gehören die echten Scaev. D. 18, 5, 8 und Ulp. D. 42, 1, 15, 6, in denen die emptio (noch nicht) perfiziert ist nicht durch Tradition, sondern durch Traditionsreife (Traditionsbereitschaft des Verkäufers). *Addicere pignus* und Besitzeinweisung sind (trotz Haymann II S. 80f.) nicht identisch: Wlassak, R.-E. addicere a. E. Das würde in fr. 15 § 6 der *certe*-Satz noch unterstreichen, wenn er nicht verdächtig wäre. In demselben Sinne wie *perfici* steht *compleri venditionem* = *addici* bei Gai. III 79 i. f. — Geradezu im Gegensatz zur Vollziehung erscheint *perficere* z. B. in D. 18, 1, 2, 1 (oben S. 153 N. 12) und in C. 4, 45, 2pr. (*re integra*).

[3]) D. 18, 1, 57pr. (adimplere; s. vor. Note); Hermog. D. eod. 75 (complere); D. 19, 1, 46 [cogetur implere venditionem] sehr wahrscheinlich nachklassische Verkürzung, die dem Stil von D. 18, 1, 57pr. eng verwandt ist. — Nicht hierher gehört C. 4, 54, 6 (Carus) *non impleta promissi fide*, wo offenbar Stipulation und nicht Kauf vorliegt.

[4]) Neuere Literatur zu der ganzen Stelle: Bechmann II S. 397ff.,

sten untersucht, sondern zugleich das einzige, das nach dem Begriff der emptio perfecta prinzipiell fragt und für sie eine Definition aufstellt. Allerdings ist der Urtext stark überarbeitet. Aber eine solche für uns Heutige gewiß nicht mehr überraschende Feststellung schmälert die Kostbarkeit der Überlieferung nicht allzu stark. Umgekehrt steigert sie die Pflicht kritisch zu untersuchen, welchen wahrscheinlichen Erkenntnisgehalt die Stelle für das klassische Recht birgt.

Paul. 33 ad ed. (empti venditi) Lenel Nr. 513:

I. Grundregel.

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet.[1])

II. Zeitpunkt der Perfektion.

Et si

1. id quod venierit appareat
   a) quid
   b) quale
   c) quantum sit,
2. sit et pretium
3. et pure venit,

perfecta est emptio.[2])

III. Insbesondere beim bedingten Kauf.

1. Quod si sub condicione res venierit,
   a) si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio[3]),
   b) quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat.[4])

III 1, S. 176ff.; Rabel, Grundzüge S. 484, 501f. und SZ. 42 S. 551, 554; Vassalli, Bull. 27 S. 216ff.; Haymann II S. 78ff.; Bohàček, Annal. Palerm. 11 S. 332ff.

[1]) Zur Rekonstruktion unten Nr. 21.

[2]) Zur Rekonstruktion unten Nr. 22. — Über die Lücke hinter diesem Stück unten Nr. 23—26.

[3]) Zur Rekonstruktion unten Nr. 27.

[4]) Zur Rekonstruktion unten Nr. 31.

2. Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum.[1])

IV. Folgerungen für den bedingten Kauf.

1. Quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore[2])
2. et quod pretii solutum est repetetur[1])
3. et fructus medii temporis venditoris sunt[2]),
4. sicuti stipulationes et legata condicionalia perimuntur, si pendente condicione res exstincta fuerit.[2])

V. Gefahr der Verschlechterung beim bedingten Kauf.

Sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.[3])

21. Stück I bis *nam* ist aus formalen Gründen schwerlich so von Paulus geschrieben[4]), zumal es gerade unter seinem Namen an wenig vertrauenerweckenden Parallelerscheinungen nicht fehlt.[5]) Aber nichts ist wahrscheinlicher, als daß wir eine jener kurzen Einleitungen vor uns haben, die, um den Zusammenhang herzustellen, die weggeschnittenen Erörterungen des Juristen quasi per indicem wiedergeben. Paulus, der auch sonst oft theoretische Klärung mittels lehrhafter Darlegung anstrebt, muß sich an dieser Stelle des exoterisch eingestellten Ediktskommentars ex professo mit dem periculum beim Kauf beschäftigt haben. War seine erste Frage — was nahe liegt — dem Inhalt des periculum und damit seiner Abgrenzung von dem Bereich der custodia gewidmet, so ist leicht einzusehen, daß die abweichend denkenden Byzantiner das tilgten. Auf das ⟨quid periculum sit⟩ folgte *necessario* das *cuius periculum sit*, und hier setzt die Überlieferung ein. An die Spitze

[1]) Zur Rekonstruktion unten Nr. 31.

[2]) Zur Rekonstruktion unten Nr. 32.

[3]) Zur Rekonstruktion unten Nr. 33 a. E.

[4]) Rabel, Grundzüge S. 484 N. 2; Haymann II S. 79. — Allgemein zu *sciendum est*: Pringsheim, Beryt S. 249, zu *tunc enim*: Guarneri, Index.

[5]) D. 23, 2, 14, 4 init. (Beseler IV S. 195); 38, 10, 10pr. (Rabel, Grundzüge S. 413, Pringsheim a. a. O. S. 280).

tritt die These: *perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet*, worin unausgesprochen die Umkehrung enthalten ist: *imperfecta emptione periculum ad venditorem respiciet.*[1]) Ein Satz, der in den Quellen gewiß nicht allein steht. Daß die Gefahr des Käufers mit der *emptio perfecta* anhebt, wird zwar nicht in sämtlichen *periculum*-Stellen besonders hervorgehoben[2]), aber doch häufig genug: von Julian (D. 41, 4, 2, 4 = 18, 2, 2, 1: Lenel Nr. 241), Gaius (D. 18, 1, 35, 5—7), Ulpian (42, 1, 15, 6), Paulus durch den weiteren Fortgang unserer Stelle einschließlich des § 1 sowie von C. 4, 48, 1 (a. 223) und 4, 49, 16 + 4, 48, 6 (a. 294). Die These ist nach Art derartiger klassischer Regulae präzis gefaßt und doch ohne Heranziehung des Zusammenhanges in ihrer Tragweite nicht zu überblicken. Sie beschränkt sich wohlbedacht nicht auf die Gefahr des Unterganges[1]) und verschweigt dem der Terminologie Kundigen auch nicht, daß sie nur die Gefahr der höheren Gewalt begreift; denn der custodia-Zufall (niedere Zufall) hieß im Kaufrecht nicht *periculum.*[3])

22. Von dem das *perfecta* emphatisch unterstreichenden Leitsatz aus erhob sich unausweislich die Frage, *quando perfecta sit emptio.* Die Antwort erfolgt, bündig formuliert, im II. Stück. Auch dieses ist gewiß nicht unberührt, aber darum nicht ertraglos über Bord zu werfen.[4]) Die auffallende Tatsache, daß fast die ganze Begriffsbestimmung in der folgenden ausführlichen Darlegung ohne Echo bleibt, würde gegen diese Begriffsbestimmung nur sprechen, wenn sie selbst abwegig oder unfruchtbar wäre. Anderenfalls ist bloß der Schluß gerechtfertigt, daß die kürzenden Bearbeiter uns das Echo vorenthalten und wiederum durch eine summarische Inhaltsangabe ersetzt haben. Auf das Konto der Redaktoren dieses Indexes kommen vermutlich die sich

---

[1]) Genaueres unten Nr. 35.

[2]) Dies zu verlangen ist eine auf die Tradition als Stichzeit abhebende Auffassung (Haymann II S. 80) am allerwenigsten legitimiert.

[3]) Siehe unten Nr. 75. — Dies gilt doppelt, wenn, wie oben vermutet, Paulus im Beginn *periculum* und *custodia* von einander abgegrenzt haben sollte.

[4]) So Vassalli, Bull. 27 S. 216 N. 1; Haymann II S. 81f.

sprachlich schlecht eingliedernden beiden Sätze *sit et pretium, et pure venit,* von denen sachlich der erste schief ist[1]) und der zweite, so wie er dasteht, dem folgenden störend vorgreift. Was übrig bleibt (et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, perfecta est emptio), dürfte unverfälschter Urtext sein. Es läuft stilistisch glatt und wird durch andere Fragmente mannigfach gestützt: die gräzisierende Voranstellung dessen, was *apparet,* als Subjekt des Fragesatzes kehrt bei Paulus selbst in D. 40, 4, 31 und bei Gai. D. 45, 1, 74 wieder[2]); derselbe Gaius und weiter Ulpian D. eod. 75pr. erhärten die klassische Geneigtheit, in der Trias *quid quale quantum* zu denken; und wie sehr es bei gewissen Käufen darauf ankommt, daß *appareat quantum ematur,* zeigt Paulus in dem unangefochtenen D. 18, 1, 34, 5 und Ulpian in D. 18, 6, 1, 4 i. f.[3]) Also fragt es sich nur, ob die der Analyse beraubte Definition sachlich dem Klassiker zugemutet werden und durch die Rekonstruktion von Anwendungsfällen Farbe gewinnen kann.

23. Wenn der fundus Cornelianus, der homo Stichus oder ein bestimmtes Faß Wein zu einheitlichem Preis gekauft ist, dann ist Kaufobjekt dieser individuelle Gegenstand mit diesen Eigenschaften und (gegebenenfalls) in dieser Quantität: die dreifache „Apparenz" ist gegeben und die *emptio* (nicht bloß *contracta,* sondern) sofort *perfecta.* — Lagert dagegen der aus einem bestimmten Keller (individuellen Vorrat) gekaufte Wein dort noch unausgesondert; ist die Frucht auf dem Halme gekauft (res futura) oder die Kaufsache vom Verkäufer erst noch durch Arbeit zu produzieren[4]), dann ist der Kauf zwar abgeschlossen, doch die Kaufsache existiert noch nicht. Aber auch wenn sie durch Aussonderung, Ernte, Spezifikation existent geworden ist, so wird sie doch abholbar erst dann, wenn sie dem Käufer durch Anzeige, Angebot oder sonstwie sinnfällig

---

[1]) Dazu bereits Bechmann III 1 S. 179. Siehe ferner unten S. 163 N. 1.

[2]) VIR. I S. 244, 29. [3]) Dazu unten S. 161 N. 1.

[4]) Über die Verwandtschaft dieser Fälle unten Nr. 47.

greifbar, „körperlich dargestellt"[1]) wird, d. h. wenn das *Quid* des Kaufobjektes *appareat*. Also ist es nur folgerichtig[2]), daß erst mit diesem Moment die *emptio* als *perfecta* gilt. Eine quellenmäßige Bekräftigung für die Klassizität dieses Gedankenganges beim Kauf aus einem konkreten Vorrat liefert Papinian in Vat. fr. 16, dessen *corpore non demonstrato* nur ein anderer Ausdruck für die fehlende Apparenz des Quid ist.

24. Ein Zusammenhang zwischen dem *Quale* der Kaufsache und ihrer Abholbarkeit taucht sofort auf, wenn sich der Käufer die Besichtigung des Grundstücks (inspectum praedium: D. 18, 6, 9) oder des vorzureitenden Pferdes, die Nachforschung nach dem Vorleben des Sklaven, das Proben des in dem erstandenen Faß enthaltenen Weines auf die Richtigkeit der von dem Verkäufer gemachten Qualitätsangaben vertraglich vorbehalten hat. Da eine solche Prüfung *ad hoc proficit, ut improbare liceat* (Paul. D. 18, 1, 34, 5), so kann dem Käufer vorher die Vollziehung des Kaufes nicht zugemutet werden: also ist in solchem Falle solange die Sache nicht lieferungsreif, die emptio nicht perfekt, als nicht *id quod venierit appareat quale sit.* Mit dem *apparere* aber wird sie immer perfekt: sei es, daß die Prüfung gut ausfällt, sei es, daß der Käufer von dem *improbare* keinen Gebrauch macht (vgl. Gai. D. 18, 6, 16: *sive — sive*); denn in dem dritten Fall, daß er berechtigterweise von dem Kaufvertrag zurücktritt, fällt die Frage der *emptio perfecta* ins Leere. Gegen diese Ausdeutung des *quale* darf man nicht einwenden, daß der Vorbehalt den Kauf zu einem bedingten mache, auf den sich die paulinische Trias nicht beziehe. Denn die Klassiker, die das resolutiv bedingte Geschäft als Einheit nicht kennen, sehen in dem Vorbehalt nur eine Nebenabrede neben dem unbedingt zustandegekommenen Kauf.[3]) Die wichtigsten Nutzanwendungen der *quale*-Apparenz jedoch, an denen der Paulus des D. 18, 1, 34, 5 gar nicht vorübergegangen sein kann, setzen einen rechtsgeschäft-

[1]) Bechmann III 1 S. 179. [2]) Vgl. oben S. 152 bei N. 3.
[3]) Rabel, Grundzüge S. 502f.; Beseler, SZ. 43 S. 434f.

lichen Vorbehalt überhaupt nicht voraus.[1]) Die sachverständige degustatio vini doliaris, bis zu welcher die Gefahr des Sauer- und Kahnigwerdens, aber zweifellos auch die des Unterganges auf dem Verkäufer lastet[2]), steht kraft Handelsbrauches jedem Käufer ohne weiteres zu[3]) — nicht anders als dem Verkäufer die probatio nummorum.[4]) Das Recht zur Redhibition des mit einem ädilizischen Mangel behafteten corpus[5]) und der Interesseanspruch wegen eines an der Sache bestehenden Fremdbesitzes[6]) beruhen sogar unmittelbar auf objektivem Recht.

25. Das Quantum wird häufig (und beim Kauf unvertretbarer Sachen immer) von vornherein sinnfällig gegeben sein.[7]) Wenn aber der Rest des in einem Fasse befindlichen Weines nicht *uno pretio*, sondern *ita venierit, ut in singulas amphoras certum pretium diceretur* (D. 18, 1, 35, 5), so steht zwar objektiv mit dem *Quid* auch das gekaufte *Quantum* fest, aber es ist noch nicht „sichtbar" geworden. Erst wenn der Inhalt des Fasses gemessen ist[8]), kann der Käufer wirksam abholen, weil er dann erst weiß, welchen Preis er seinerseits anzubieten hat, und so läßt hier in der Tat erst die *quantum*-Apparenz die *emptio* zu einer *perfecta* werden. Daß die mensura in solchem Falle[9]) gerade den Zweck hat, die *quantum*-Apparenz herbeizuführen, betont unser Paulus in D. 18, 1, 34, 5 mit unübertrefflicher Deutlichkeit: mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat quantum ematur. Und die innere Abhängigkeit

---

[1]) L. Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht 1 S. 98ff.; Bechmann II S. 538f.; Rabel, Grundzüge S. 483 N. 3; vgl. unten S. 209 N. 5.

[2]) Siehe unten Nr. 35; siehe auch Bechmann II S. 542; teilweise richtig Brinz, Pand., 2. Aufl., IV S. 179. Anders Goldschmidt S. 78.

[3]) Darüber unten Nr. 49ff., bes. Nr. 53.

[4]) Vgl. unten S. 243 N. 1, S. 244 N. 3. [5]) Siehe unten Nr. 69.

[6]) Siehe unten Nr. 66 a. E., aber auch unten S. 161 f.

[7]) So wenn die Messung vor oder bei Kaufabschluß vorgenommen ist oder sich überhaupt erübrigt.

[8]) Über den sich hieran knüpfenden Schulenstreit unten Nr. 36ff.

[9]) Außerdem spielt das *admetiri* beim Kauf aus konkretem Vorrat eine Rolle (vgl. etwa Gai. D. 18, 1, 35, 7): dort aber dient es dazu, das Quid des Kaufobjektes zur Existenz zu bringen: siehe Nr. 23.

der Gefahrtragung von der Offenkundigkeit des Quantums erhellt aus dem verwandten Falle des Ulp. D. 18, 6, 1, 4 i. f., wonach die veteres dem Verkäufer vor der Preisgabe des nicht abgeholten Weines, *si*, *quanta mensura esset, non appareat*, das *mensuram facere* anrieten, *videlicet ut appareret, quantum emptori perierit*. Das ist so triftig und schlüssig, daß es aus klassischem Bestand geschöpft sein muß, auch wenn ein Glossator der Schöpfende gewesen sein sollte.[1]) Danach kann es kaum einem Zweifel unterliegen, daß das Erfordernis der Apparenz des *quantum* auf den Kauf mit Preisbestimmung ad mensuram abzielte. Daß es daneben auch für den Kauf zu feststehendem Preise bedeutsam werden konnte, falls etwa der Käufer sich zur Kontrolle das Nachmessen des gekauften Grundstückes, Bauholzes oder Weines vorbehalten hatte, ist schon wegen der Analogie zu den Fällen der *quale*-Apparenz sehr wahrscheinlich, aber nicht beweisbar.

26. Damit dürfte dargetan sein, daß die Zusammenfassung der Perfektionshindernisse des unbedingt abgeschlossenen Kaufes unter die drei Rubriken der fehlenden Apparenz des *quid quale quantum* der Kaufsache dogmatisch fruchtbar war. Daß sie tatsächlich dem klassischen Denken angehörte, wird durch die vermerkten Parallelstellen nahegelegt. Ob sie von Paulus übernommen oder erfunden ist, läßt sich nicht feststellen. Doch ist zu vermuten, daß erst die spätklassische Zeit zu einer derartigen Abstraktion reif und imstande gewesen ist. Auch die im vorstehenden für Paulus rekonstruierten Anwendungsfälle waren, wie an mindestens einem Beispiel zu zeigen sein wird[2]), ein Jahrhundert zuvor noch teilweise stark umstritten. Im übrigen hat diese Rekonstruktion selbstverständlich nur einen symptomatischen Wert; sie kann nicht dahin streben, alle belegten Perfektionshindernisse erschöpfend einzuordnen. So muß es u. a. offen bleiben, ob man den (in Verfolg des Kaufes zu beseitigenden) Besitz eines Dritten an der Kauf-

[1]) Wie Haymann II S. 103 zweifelnd vermutet; vgl. auch ebenda S. 112 N. 8.

[2]) D. 18, 1, 35, 5.

sache als einen Mangel der *quale*-Apparenz aufgefaßt hat.[1]) Andere Tatbestände standen sicher außerhalb der Dreiteilung, insonderheit diejenigen, in denen nicht die Ware, sondern der Preis als solcher[2]) an einer Unsicherheit litt, die den Käufer hinderte, ihn zwecks Erlangung der Ware anzubieten. Von Fällen solcher Art scheint ex professo Ulpian Nr. 2713 (D. 18, 1, 7 §§ 1. 2) gehandelt zu haben.

> § 2: Si quis ita emerit: 'est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero', valet venditio et statim impletur: habet enim certum pretium centum, augebitur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit.

Hier ist die venditio nicht nur *contracta* (valet), sondern sofort auch *perfecta* (impletur), weil der Käufer sofort gegen Zahlung des *certum pretium* der 100 die Herrschaft über das Grundstück zu verwirklichen (schuldrechtlich) befugt ist. Und ebenso wurde gewiß ursprünglich entschieden, wenn der Kauf auf *quantum pretii in arca habeo* (§ 1) gestellt war: denn die subjektive Ungewißheit des Verkäufers hemmte die erforderliche Initiative des Käufers nicht. War dagegen diesem die Höhe des Kaufpreises unbekannt wie etwa dann, wenn das billige Ermessen eines Dritten oder der Selbstkostenpreis des Verkäufers (quanti tu eum emisti: § 1) entscheiden sollte, dann war der Kauf zwar gültig (valet), weil es dafür nur auf die objektive Existenz eines certum pretium ankam (§ 1: magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est[3])[4]), aber perfekt = vollziehbar konnte er noch nicht sein, weil es an der subjektiven Apparenz (= ignoratur) des Preises fehlte. Es ist wahrscheinlich, daß Ulpian wie im

[1]) Gefehlt haben kann dieser wichtige Fall (Genaueres über ihn Nr. 62, 63) in der prinzipiellen Erörterung des Paulus schwerlich.

[2]) Das ist dann nicht der Fall, wenn die Unsicherheit des Preises nur eine Folge der mangelnden Apparenz des Quantums der Kaufsache ist wie bei dem eben (Nr. 25) besprochenen Kauf mit Preisbestimmung ad mensuram.

[3]) Das vorangehende Sätzchen *nec enim ... venditione* ist Glossem; vgl. Beseler I S. 85; zu wenig tilgt de Francisci, Studi Perozzi S. 328.

[4]) Vgl. auch Ulp. D. eod. 37.

§ 2 so im § 1 sich nicht auf das *valet* beschränkt, sondern über die Perfektion ausdrücklich geäußert hat. — Hält man sich derartige Erwägungen vor Augen, so bekommt man eine Vorstellung von dem, was nun durch das mißratene *sit et pretium*[1]) (II 2) in unserer Hauptstelle (D. 18, 6, 8 pr.) überdeckt ist.

27. Mit dem wohl gleichfalls noch dem unklassischen Resumé angehörigen[2]) *et pure venit* (II 3) wird das Thema angeschlagen, dessen Verfolgung, den gesamten Rest des princ. und auch noch den § 1 beherrschend, ungleich deutlicher zu erkennen ist als die bisherigen auf Hypothesen angewiesenen Stücke. Aber gelitten hat der Urtext auch hier.[3]) Paulus geht von dem unbedingten auf den unter einer (aufschiebenden) Bedingung geschlossenen Kauf über. Dieser Fall teilt sich im Hinblick auf das Grundthema des *periculum* in zwei Unterfälle. Der eine, in dem die Kaufsache erst untergeht, nachdem die Bedingung ausgefallen oder umgekehrt eingetreten ist, ist gänzlich problemlos, weil der Schadensfall gar kein Kaufverhältnis mehr antrifft oder umgekehrt ganz ebenso zu beurteilen ist, wie wenn der Kauf von vornherein ohne Bedingung vorgenommen worden wäre. Daß Paulus mitten in seinem Sonderthema sich über diese Banalitäten verbreitet und dazu sogar noch drei Juristen zitiert hätte, ist ausgeschlossen. Um so begreiflicher hat er sich dem anderen Unterfall zugewendet, in dem die Sache untergeht, bevor noch die Bedingung ausgefallen oder eingetreten ist.[4]) Deshalb hat das Stück III 1 dem Sinne nach zweifellos begonnen: [quod] si sub condicione res venierit ⟨et pendente condicione exstincta fuerit[5]) et postea⟩ [si quidem] defecerit condicio, nulla est emptio. Der nachträgliche Bedingungsausfall (III 1 a) bietet freilich keine Schwierigkeiten; er wird vorangestellt

[1]) Mißraten auch deshalb, weil das *sit* d. h. das objektive Feststehen des Preises gar nicht das Entscheidende war. Vgl. im übrigen o. S. 158 N. 1.

[2]) Oben Nr. 22.

[3]) So bereits Bechmann II S. 398f.

[4]) Insoweit ähnlich Haymann II S. 82f.

[5]) Bis hierher Einfügung Seckels. Vgl. das Stück IV 4 und dazu unten Nr. 32 a. E.

und später nicht mehr berührt: der Kauf ist endgültig unwirksam (nulla), und so trägt den Schaden des Unterganges, das periculum, der Verkäufer. Das ist so selbstverständlich, daß das verbumlose *sicuti nec stipulatio* nur ein Randglossem sein kann.

28. Wie aber, wenn die Bedingung nach dem Sachuntergang eintritt (III 1b)? Zu dieser schwierigen Frage berichtet Paulus zunächst, daß Proculus und Octavenus hier das beim unbedingten Kaufe geltende *periculum emptoris* eingreifen ließen. Für diesen Standpunkt, der damit den Kauf auch noch nach Sachuntergang für perfizierbar hält[1])[2]), gibt es nur die eine Begründung: die Rückziehung des Bedingungseintritts auf die Zeit des Kaufabschlusses. Und in der Rückziehung liegt denn auch das einzige tertium comparationis mit dem Falle III 2[3]), in dem nicht die Kaufsache, sondern eine Kaufpartei weggefallen und mithin das Thema der Gefahrtragung überhaupt verlassen ist. Dieser Fall kann also nur zur Klärung und Rechtfertigung von III 1b herangezogen worden sein in dem Sinne, daß die Rückziehung der Bedingung, die beim Tode einer Person zur Ermöglichung der Beerbung nutzbar gemacht werde, folgerecht sich auch beim Sachuntergang zur Geltung bringen müsse. Dies dürfte in der Tat innerlich schlüssig sein. — Aber die Billigung des Paulus kann es nicht gefunden

---

[1]) Nicht etwa: jeden bedingten Kauf ohne Rücksicht auf den Eintritt der Bedingung für sofort perfekt hält. In der Ablehnung dieses Satzes waren wohl alle einig.

[2]) Vergleichbar ist das moderne Problem, ob ein Gestaltungsrecht (Rücktritts-, Wiederkaufs-, Vorkaufsrecht) noch nach Sachuntergang ausübbar ist.

[3]) Deshalb ist die in III 2 erscheinende Begründung *quasi iam contracta emptione in praeteritum* doch wohl nicht ohne einen Anhalt im verschwundenen Urtext (vgl. auch die Denkform bei Gai. III 100 i. f.). Aber für ein verkürzendes Glossem sprechen formale Anstände (Arangio-Ruiz, Istit. II S. 85 N. 1, Rabel, SZ. 46 S. 465f.; vgl. auch das *in* c. accus.) und vor allem das *contracta* anstatt des durchaus gebotenen *perfecta* (vgl. oben S. 154 N. 1). Denn daß die *emptio* vor dem Erbfall *contracta* war, brauchte nicht fingiert zu werden (s. auch Haymann II S. 83). Das Gegenteil beruht auf der ähnlich in D. 18, 6, 1, 1 auftretenden und dort ebenfalls unklassischen (unten S. 208 N. 8) Anschauung: prope quasi nondum venit.

haben. Nicht bloß weil er an sämtlichen übrigen Stellen den Kauf erst mit dem Eintritt der Bedingung als „perfekt" ansieht[1]); weil er bei der in diem addictio den Bedingungseintritt durch Sachuntergang als unmöglich geworden erachtet[2]), sondern vor allem weil der ganze übrige Fortgang unserer Stelle selbst, wie längst[3]) bemerkt, nur von dieser Ansicht aus begreiflich ist. Den Kaufpreis soll der Käufer zurückfordern können, Ersitzung und Früchte kommen ihm nicht zu. Die Gefahr der bloßen Verschlechterung wird mit betontem Gegensatz zu der des Unterganges dem Käufer aufgebürdet. Und endlich heißt es im § 1:

Si ita venierit: 'est ille servus emptus, sive navis ex Asia venerit sive non venerit', Iulianus putat statim perfectam esse venditionem, quoniam certum sit eam contractam.

Also ist die venditio gerade deshalb *statim perfecta*, weil dieser Kauf nicht unter einer Bedingung steht, der Sklave also sofort lieferbar ist.[4]) — Und diese zweifellose Meinung des Paulus ist zu seiner Zeit gewiß auch die herrschende, wenn nicht die alleinige gewesen. Julian bereits bekennt sich zu ihr (§ 1 cit.; D. 18, 2, 2, 1; D. 41, 4, 2, 4), Pomponius (D. 18, 2, 4pr.) kann nicht abgewichen sein, Papinian (Vat. fr. 16 Satz 1: quamvis!) und Ulpian (D. 18, 6, 10; D. 23, 3, 10, 4. 5[5]); 46, 2, 14pr.) setzen sie voraus. Und damit stimmt die innere Erwägung zusammen, die, wie aus den bisherigen Darlegungen ersichtlich, in spätklassischer Zeit allenthalben für die Perfektion den Ausschlag gegeben hat: vor Eintritt der Bedingung kann den Käufer die Untergangsgefahr nicht treffen, weil für ihn in keinem Augen-

---

[1]) Siehe oben S. 152 N. 4.

[2]) Paul. 5 ad Sab. (Nr. 1702) D. 18, 2, 3: quoniam post interitum rei iam nec adferri possit melior condicio.

[3]) Bechmann II S. 398ff.

[4]) Nur das kann die — entbehrliche — klassische Begründung gewesen sein. Der *quoniam*-Schluß dagegen ist „charakteristisch" (Haymann II S. 80 N. 3) nur für einen Glossator, der entweder nicht wußte, daß aus der Gewißheit des *contractam esse* das *perfectam esse* noch nicht folgte, oder eine Weisheit in der Tautologie sah: *perfectam esse venditionem, quoniam certum sit eam perfectam* (*contractam* in diesem Sinne: siehe oben S. 154 N. 1).

[5]) Dazu unten Nr. 34.

blick eine Abholungsmöglichkeit besteht. Von dem Eintritt sich Kenntnis zu verschaffen, ist seine Sache[1]), wofern der Eintritt nicht von einer Handlung des Verkäufers abhängt.

29. Wer das berücksichtigt, wird es als sicher bezeichnen dürfen, daß Paulus der Lehre des Proculus widersprochen hat; als sicher auch, daß er sich dabei auf Sabinus berief. Denn Sabinus verlegt die Wirkungen des bedingten Kaufes, zu dem er den Kauf mit lex commissoria und mit in diem addictio rechnet, nachdrücklich auf den Zeitpunkt der Nichtzahlung und der Vereitelung eines besseren Angebotes (D. 41, 4, 2, 3; 18, 2, 4, 5; eod. 11pr.; eod. 14, 1).[2]) Sabinus wiederum und Cassius lassen gerade im Hinblick auf das periculum die emptio mit Preisbestimmung ad mensuram erst mit der *mensura* perfekt werden und dies obendrein aus dem ausgesprochenen Grunde *quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri* (Gai. D. 18, 1, 35, 5).[3]) Außerdem steht ja fest, daß in der Frage der Rückziehung von Bedingungen zwischen den beiden Schulen Meinungsverschiedenheiten herrschten, die der eben entwickelten genau entsprechen.[4]) Beim bedingten Vindikationslegat nehmen bekanntlich die Cassianer *pendente condicione* Eigentum des Erben an, während die *diversae scholae auctores* eine Rückwirkung insoweit bejahen, als für sie die vermachte Sache *res nullius* ist (Gai. II 200).[5]) Und noch deutlicher wird die Beziehung zu unserer Stelle bei dem Dissens über das Damnationslegat (Gai. II 244):

An ei, qui in potestate sit eius quem heredem instituimus, recte le*g*emus, quaeritur. Seruius recte legari putat,

[1]) Vgl. auch Bechmann III, 1 S. 184.

[2]) Hierzu Rabel, SZ. 46 S. 467.

[3]) Auf den Meinungsstreit deutet vielleicht auch noch Ulp. 34 ad Sab. D. 23, 3, 10, 5 *inde quaeri potest*: unten Nr. 34.

[4]) Das wird bisher freilich fast allenthalben übersehen. Ausnahmen: Fitting, Castrense peculium S. 265 N. 2; Kuntze, Servus fructuarius S. 67; vgl. auch Bechmann II S. 401.

[5]) Dieses Zeugnis für die Rückziehung der Bedingung wird nicht, wie Mitteis, Röm. Priv. R. I S. 173 glaubt, durch den Schlußsatz beeinträchtigt, der nur einleuchtend hervorhebt, daß die Rückwirkung bei bloßer Rechtsbedingung (Annahme eines unbedingten Legates) a potiori gelten müsse.

sed euanescere legatum, si quo tempore dies legatorum cedere solet, adhuc in potes*tate* sit; ideoque siue pure legatum sit et uiuo testatore in potestate heredis esse desierit, siue sub condicione et ante condicionem id acciderit, deberi legatum. Sabinus et Cassius sub condicione recte legari, pure non recte, putant; licet enim uiuo testatore possit desinere in potestate heredis esse, ideo tamen inutile legatum intellegi oportere, quia quod nullas uires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo ualere, quia *u*itam longius traxerit, absurdum esse*t*. *Sed* diuersae *s*cholae auctores nec sub condicione recte legari, quia quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus.

Sabinus und Cassius konnten trotz Anerkennung der regula Catoniana ein derartiges Vermächtnis retten, weil sie die Frage der Wirksamkeit der Legatsobligation ausschließlich aus der Stichzeit des Bedingungseintrittes beantworteten. Proculus mußte entgegengesetzt entscheiden, weil ihm die bedingte Schuld um nichts weniger (non magis . . . quam) in die Zeit des Begründungsaktes zurückreicht als die unbedingte.[1]) Auch hier hat Sabinus den Sieg errungen[2]): ohne den Gaius[3]) wüßten wir von einer Meinungsverschie-

---

[1]) Das Prinzipielle der beiden Standpunkte tritt bei Mitteis I S. 178 nicht zutage.

[2]) Vgl. auch Vassalli, Bull. 27 S. 197.

[3]) Gaius selbst wird hier seiner Schule gefolgt sein. Das Gegenteil folgt nicht aus III 146 (anders Bechmann II S. 254f., 399f., 406ff.; Beseler, SZ. 43 S. 435 N. 2): eorum (gladiatorum), qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione. Hier ist der Kauf „perfekt" erst mit der Tötung oder Verwundung und in diesem Moment fehlt es auch nicht an der Kaufsache, die ja abredegemäß gerade nur in einem Leichnam oder Torso bestehen durfte. Die Abrede läßt das Gefahrproblem gar nicht erst aufkommen — wenn der Gladiator im Wettkampf fiel. Starb er etwa an einer Krankheit, so fiel damit die Kaufbedingung aus und der „Verkäufer" hatte den Schaden. — Zu Gai. D. 20, 4, 11, 1 i. f. vgl. Rabel, Grundzüge S. 495; Vassalli S. 232f.; Riccobono, Studi Perozzi S. 366.

denheit nichts: weder aus Ulp. epit. 24, 23 noch aus Just. Inst. 2, 20, 32 (constat!). Und in dem ähnlichen Fall der bedingten Forderung auf eine dem Gläubiger bereits gehörige Sache klingt das Ringen der cassianischen Lehre noch in Marcell. D. 18, 1, 61 + D. 45, 1, 98pr. und Ulp. D. 30, 41, 2 ein wenig nach, nicht mehr in Pomp. D. 45, 1, 31 und D. 35, 1, 98 unseres Paulus.[1])

30. Es kann an diesem Ort selbstverständlich nicht daran gedacht werden, zu den in jüngster Zeit so stark umstrittenen Fragen der bedingten Obligation eingehend Stellung zu nehmen. Aber so viel dürften die bisherigen Darlegungen wenigstens wahrscheinlich gemacht haben, daß es über das Ziel hinausschießt, wenn die heutigen Autoren teils[2]) den Untergang der bedingten Obligation durch Zerstörung des Schuldgegenstandes, teils[3]) umgekehrt ihr Fortbestehen trotz Zerstörung auf das Konto der Byzantiner schreiben, während in Wahrheit das erstere der Richtung des Sabinus, das letztere der des Proculus entspricht.[4]) Und genau das Gleiche wird — nicht bloß auf der Grundlage der durch D. 18, 6, 8pr. gebotenen Analogistik — von der Widerstandsfähigkeit der bedingten Obligation gegen den Tod einer Partei zu sagen sein.[5]) Auch die Vererblichkeit der bedingten Schuld wird nicht ein nachklassischer Anonymus, sondern Proculus gegen das alte ius civile erstmals verfochten haben. Ist das zutreffend, so reicht das Ergebnis in zweierlei Richtung ins Allgemeine. Zum einen fällt den römischen Juristen in einer zentralen

---

[1]) Zur Umstrittenheit der klassischen Bedingungslehre siehe auch Riccobono, Studi Perozzi S. 351f.

[2]) Haymann II S. 84ff.

[3]) Vassalli S. 211ff.; Guarneri Citati, Contrib. alla dottr. della mora S. 121ff.; Kaden, SZ. 44, S. 200ff.; Boháček, Annal. Palerm. 11, S. 352ff.; Riccobono a. a. O. S. 352; Koschaker, Bedingte Novation (Festschr. f. Hanausek, S. A.) S. 7 N. 2.

[4]) Seckel, Sitz. Ber. (oben S. 119 N. 1).

[5]) Gegen die Klassizität der Vererblichkeit: Vassalli, Boháček, Riccobono, Koschaker, Bonfante, auch noch Levy (SZ. 46 S. 421). Für unbestrittene Vererblichkeit in klassischer Zeit: Seckel (Manuskr.); Arangio-Ruiz, Ist. II S. 85; Kaden, SZ. 44 S. 206; Beseler, SZ. 46 S. 89 N. 1; Haymann, Jher. Jahrbücher 77 S. 203 N. 3.

Frage verloren geglaubtes Terrain wieder zu, und die zeitgemäße Parole „Zurück zu den Klassikern“ [1]) gewinnt erneute Resonanz. Zum anderen wird man gewahr, wie seltsam eine Einstellung sein müßte, die das Verdienst bedeutsamer Fortentwicklung den schöpferischen Großen weniger leicht zuzuerkennen geneigt wäre als den nachklassischen Epigonen. [2]) Wir Heutigen verkennen zu oft, daß das klassische Recht (mindestens das früh- und hochklassische) sich nicht im festen, sondern noch im flüssigen Aggregatzustand befindet. Wo wir, der kargen Andeutungen in den nivellierenden Rechtsbüchern zu wenig eingedenk, festen Boden vermuten, ist häufig der Schöpfungstag noch nicht gekommen, der Land und Wasser trennt.

31. Justinians Rolle in dieser Lehre ist die übliche gewesen: der Meinungskampf ist verwischt, das Ergebnis auf eklektischem Wege und meist unvollkommen erreicht. Zugunsten der Verfestigung der bedingten Obligation, die sie auf den Erben übergehen und den Untergang des Schuldgegenstandes überdauern läßt, hat sich Proculus größtenteils durchgesetzt, dagegen ist in der Belastung des bedingten Verkäufers mit der Gefahr des Unterganges Sabinus durchgedrungen.[3]) Auch im allgemeinen ist der Grundsatz der Nichtrückwirkung in den Quellen der überwiegend beglaubigte, doch fehlt es bekanntlich an gegensätzlichen Aussprüchen nicht.[4]) Vielleicht wird es der künftigen Forschung noch besser gelingen, die verzweifelt scheinenden dogmatischen Widersprüche in natürliche Gegensätze des geschichtlichen Werdeganges aufzulösen. Dieses Schwanken im Prinzipiellen und das Bekenntnis zur Vererblichkeit werden Tribonian vermocht haben, in unserem fr. 8 den Proculus namentlich herauszustellen und den Sabinus zu verleugnen. Dem Sinne nach hat es möglicherweise in III 1b und III 2 ursprünglich geheißen:

---

[1]) Vgl. zuletzt (im Hinblick auf Riccobono) in SZ. 46: Rabel 462, Levy 420 f.

[2]) Das Folgende unmittelbar nach Seckel. Vgl. auch Arangio-Ruiz II S. 84: un regime in divenire.

[3]) Vgl. oben Nr. 28 gegen Ende.

[4]) An die gewaltige gemeinrechtliche Literatur braucht hier nur erinnert zu werden.

Quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt ⟨eadem ratione qua⟩ [quod][1]) si pendente condicione emptor vel venditor decesserit ⟨dicunt⟩ [constat][1]), si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse [quasi iam contracta emptione in praeteritum].[2]) ⟨Sabino vero placuit exstingui venditionem[3]), quia tunc, cum condicio exstiterit, non res sit quae veneat.⟩[4]) Idem Pomponius libro nono ⟨ad Sabinum⟩[5]) probat, ⟨et hoc iure utimur.[1]) Itaque⟩ quod pretii solutum est repetetur.[1])

Diese Rekonstruktion begreift aus den dargelegten Gründen das an sich zusammenhangsfremde Stück III 2 als eine bloße Parallele zu III 1. Außerdem nimmt sie — ohne darauf entscheidendes Gewicht zu legen — zwei Umstellungen vor. Pomponius erscheint nunmehr als Anhänger nicht des Proculus, sondern des weggestrichenen Sabinus, weil nur damit sich die von ihm überlieferte und wahrscheinlich ebenfalls in sein 9. Buch ad Sabinum gehörige[6]) Äußerung D. 18, 2, 4 pr.[7]) vereinbaren läßt.[8]) Und weiter verpflanzt sie hierher das Stück IV 2, das hier vortrefflich paßt, während es da, wo es jetzt steht, so störend wirkt, daß es dort nur als ein vom Rande an eine falsche

---

[1]) Levy. [2]) Hierzu oben S. 164 N. 3.

[3]) Diese Worte fügt hinter *aiunt*: *idem Pomp. libro nono* ⟨...⟩ *probat* Seckel ein, um dann in weiterem Anschluß an Ulp. ad Sab. D. 23, 3, 10, 5 fortzufahren: ⟨*quia nondum esset impleta venditio*⟩.

[4]) Vgl. dazu Ulp. D. 46, 2, 14, 1 i. f.; siehe auch dort das princ.

[5]) Pomp. Nr. 542. [6]) Lenel Nr. 536.

[7]) Deren Inhalt durch die Tilgungen von Beseler I S. 85 und Longo, Bull. 31 S. 44 f. nicht berührt wird.

[8]) In dieselbe Richtung weist Pomp. 24 ad Sab. D. 45, 1, 31 (oben Nr. 29 a. E.), nicht dawider Pomp. 9 ad Sab. (Nr. 543) D. 18, 1, 8 pr.: wenn hier von der Regel *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* eine Ausnahme für den Kauf von *fructus futuri* gemacht wird, sodaß nach der Ernte *iam tunc cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur*, so wird damit das Entstehen der Sache auf den Zeitpunkt des Kaufabschlusses zurückfingiert und damit das Ergebnis eines gültigen Kaufabschlusses erreicht. Der Zusammenhang und der Terminus *facta* = *contracta* (vgl. z. B. Pomp. 9 Sab. Nr. 554: D. 19, 1, 6, 1) zeigen, daß die *emptio perfecta* hier überhaupt nicht in Rede steht. Richtig Bechmann I S. 530 N. 2, S. 691 N. 2, unrichtig II S. 399.

Textstelle geratenes Glossem gewertet werden könnte. Denn die cassianische Entscheidung, daß *pendente condicione* der Verkäufer die Gefahr des Unterganges trägt, wirkt sich ja praktisch nirgends unmittelbarer aus als darin, daß der Käufer den Preis nicht zu zahlen hat[1]), den bereits gezahlten also als indebitum zurückfordern kann. Voraussetzung der condictio[2]) ist Untergang, aber nicht Übergabe der Sache.[3])

32. Genau entgegengesetzt steht es mit der Voraussetzung der in IV 1 und IV 3 genannten Rechtsfolgen. Ersitzungsbesitz und Fruchtrecht im bedingten Kaufverhältnis gehören eng zusammen und werden auch sonst gern gemeinsam besprochen.[4]) Bei diesen Besprechungen wird selbstverständlich davon ausgegangen, daß die Sache in den (Interdikten-) Besitz des Käufers gekommen, aber nirgends unterstellt, daß sie untergegangen sei. Besonders deutlich Jul. bei Ulp. D. 18, 2, 2, 1: *hunc cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari — et periculum ad eum pertinere, si res interierit*, wo erst mit dem periculum die Rede auf den Untergang kommt. Welchen Sinn sollte es auch haben, die Möglichkeit des Ersitzens an einer gar nicht mehr vorhandenen Sache zu erörtern?[5]) — Daraus ergibt sich für den Aufbau des fr. 8pr.: Das Problem der Gefahr des Unterganges ist mit III 2 (+ IV 2) zu Ende geführt. In IV 1 + IV 3 berührt Paulus um der Abrundung des gewonnenen Bildes willen das commodum des Verkäufers, das mit dessen periculum parallel geht. Dieses commodum gebührt nach der an-

---

[1]) Vgl. oben Nr. 16 Abs. 1. — Entgegengesetzt daher zweifellos Proculus.

[2]) = repetere: vgl. Sav.Z. 36 S. 39.

[3]) Gegen Haymanns (II S. 83) Auffassung des *tradita*-Satzes vgl. auch Rabel S. 551f.

[4]) Ulp. D. 18, 2, 2, 1; eod. 4pr.; Paul. D. 41, 4, 2, 4.

[5]) Vgl. insoweit auch Bohàček, Annali Palerm. 11, S. 333f., der aber andererseits fehlgeht, wenn er den Tod der Partei zum Hauptatbestand macht, auf den allein sich die Rechtsfolgen IV 1—4 bezögen. Überdies spricht der Exkurs III 2 gleichermaßen vom Tode des Käufers oder Verkäufers, B. aber ist genötigt, im folgenden lediglich den Tod des Verkäufers zu unterstellen.

genommenen cassianischen Lehre[1]) dem Käufer nicht, auch nicht dem besitzenden. Und so tritt nun an die Stelle des Tatbestandsmerkmals des Unterganges sachgemäß das neue Moment der Übergabe.

⟨Item⟩ [quod] si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore [. . . .][2]) et fructus[3]) medii temporis[4]) venditoris sunt.

Beide Sätze sind durchaus in der Ordnung. Der erste, weil es nach cassianischer Lehre[5]) in der Schwebezeit an der iusta causa d. h. an einem perfekten (= wirksamen) Kauf auch dann gebricht, wenn die Bedingung nachher eintritt. Der zweite aus dem gleichen Grunde — ganz abgesehen davon, daß der Verkäufer regelmäßig auch als Eigentümer das Fruchtrecht haben wird.

Daran schließt sich — vermutlich von derselben Hand, die in III 1 das *sicuti nec stipulatio* eingefügt hatte, der wiederum überflüssige Hinweis auf die gleiche Rechtslage bei Stipulation und Legat: ein Randglossem (IV 4), das offenbar erst ein Kopist hinter IV 3 statt vor IV 1 in den Text gebracht hat. Zu diesem Glossem gehört aber nicht bloß *sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur*[6]), sondern auch der folgende Satz *si pendente condicione res exstincta fuerit*, der durch das *peremuntur* gefordert wird[7]) und so von einer Stelle, wo er unentbehrlich ist (III 1)[8]), an einen Platz transponiert ist, wo er innerhalb des klassischen Gedankenganges gar nicht gestanden haben kann.

---

[1]) Proculus muß das Gegenteil verfochten haben.

[2]) Zu der Umstellung von IV 2 siehe oben Nr. 31 a. E.

[3]) Vassallis (S. 216 f.) Verdächtigung des Satzes von den Früchten fällt mit der Prämisse, daß er sich auf den Fall der *res extincta* beziehe.

[4]) D. h. natürlich bis zum Bedingungseintritt, nicht: bis zum Untergang der Sache.

[5]) Vgl. auch Paul. D. 41, 4, 2, 2—4 (mit Sabinuszitaten).

[6]) So Beseler II S. 57 f.; Vassalli S. 216 N. 2; vgl. aber auch schon Bechmann II S. 402. — Seckel: „wohl echt, aber irgendwie transponiert".

[7]) Aus diesem Grunde ist Seckel (siehe vorige Note) folgerecht für Echtheit.

[8]) Siehe oben Nr. 27.

38. Im letzten Satze (Stück V) stellt das fr. 8 pr. dem Untergang der Sache den Fall gegenüber, daß sie, wenngleich in verschlechtertem Zustande, bei Bedingungseintritt noch vorhanden ist. An formalen Anständen fehlt es auch hier nicht. Mit dem *esse damnum emptoris* läßt es sich nicht vereinigen, daß die Deterioration, die doch allein die Ursache des Schadens sein könnte, nicht als Tatbestand, sondern nur in dem Konzessivsatze begegnet. Daß die Sache gerade bei Eintritt der Bedingung *exstet*, ist nicht einmal aus dem Zusammenhang der Kompilation mit voller Deutlichkeit ersichtlich. Das unsichere *potest dici*[1]) scheint das Gegenteil für ebenfalls diskutierbar zu erklären. Indessen wäre es wiederum übereilt, aus diesem Befund auf einen unrömischen Inhalt schließen zu wollen. Vor uns steht vielmehr die ungeschickte nachklassische Epitome einer paulinischen Gedankenführung, für deren klassischen Inhalt die wichtigste *periculum*-Stelle zeugt, die außerhalb der justinianischen Rechtsbücher erhalten ist:

> Pap. 3 resp. Vat. fr. 16: Vino mutato periculum emptorem spectat, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis impletam id evenerit.

Die Gefahr der pendente condicione eingetretenen Verschlechterung trägt also in der Tat der Käufer.[2]) Das würde nicht überraschen, wenn es aus dem Kreise der proculianischen Schule käme, die nach erfolgter Perfektion kraft der Idee der Rückwirkung ja auch den Untergang zu Lasten des bedingten Käufers buchen muß. Aber das *quamvis* zeigt genugsam, daß Papinian im entgegengesetzten Lager steht, und von unserem Paulus wissen wir dasselbe[3]), entnehmen es vielleicht auch aufs neue aus dem *sane* und der Lozierung am Schluß des princ., während vom Standpunkt des Proculus aus die Verschlechterungsgefahr als unmittelbar aus der Untergangsgefahr folgend logischerweise doch

---

[1]) Dazu Guarneri Citati, Indice s. v. dicere.

[2]) Vassallis (S. 217 ff.) Verdächtigung der hier entscheidenden Worte des fr. 16 hat nirgends Billigung gefunden. Haymann II S. 98 f. ist es nicht gelungen, die Beweiskraft des fr. 16 abzuschwächen; vgl. auch Rabel S. 551 N. 1.

[3]) Oben Nr. 28.

wohl sogleich in III 1 hätte mitbehandelt werden müssen. Und so entsteht die Frage: Sollten die Cassianer die Rückwirkung der Bedingung, die sie im Falle des Unterganges ablehnten, im Falle der Verschlechterung anerkannt haben? Oder gilt ihnen die so allgemein an die Spitze gestellte Voraussetzung *perfecta emptione* für die Verschlechterung überhaupt nicht, so daß deren Gefahr auch schon bei *emptio imperfecta* mit dem bloßen Vertragsschluß überginge?[1]) Das eine wäre so unbegreiflich wie das andere. Der wirkliche Grund für die Unterscheidung, der die folgerechte Durchführung der cassianischen Lehre zugleich ins hellste Licht setzt, liegt vielmehr darin: Wenn die Sache bei Bedingungseintritt nicht mehr vorhanden ist, kann sich der Kauf, der *sine re quae veneat (non) potest intellegi* (Pomp. ad Sab. D. 18, 1, 8 pr. init.), nicht mehr perfizieren. Ist dagegen in jenem Zeitpunkt die res certa[2]), über die die Parteien sich einstens geeinigt hatten, noch vorhanden und damit abholbar, so liegen alle Wirkungsvoraussetzungen nunmehr vor. Die bloße Verschlechterung vermag in einem solchen Falle die Entwicklung der *emptio imperfecta* zur *emptio perfecta* nicht zu hemmen. Ist sie nach der *emptio contracta* eingetreten, so führt sie zu Ersatzansprüchen, wenn es im Bereich der custodia des Verkäufers lag sie zu verhindern. Anderenfalls muß der Käufer sich mit ihr abfinden — nicht anders als wenn er aus anderem Grunde zu teuer gekauft hätte, und entsprechend den Vorteilen, die er aus irgendwelchen zwischenzeitlichen Werterhöhungen der Kaufsache zieht.[3]) Von einer Rückwirkung der Bedingung ist dabei natürlich keine Rede.

---

[1]) Das nimmt Schulz S. 73ff., 75 N. 106 an mit der Folgerung, daß das Erfordernis der Perfektion überhaupt nur ein Lieblingssatz der Kompilatoren und der ihm widersprechende Schluß des fr. 8 pr. daher nur aus Versehen stehen geblieben sei.

[2]) Fehlt es in diesem Zeitpunkt noch an einer res certa (Existenz und Apparenz des *Quid*), so ist auch die Gefahr der Verschlechterung anders zu beurteilen: siehe unten Nr. 44ff., bes. Nr. 46.

[3]) Vgl. z. B. C. 4, 49, 12 (a. 294). — Treffend hierzu Bechmann II S. 403, III 1 S. 185; Ferrini, Pand. S. 193, 684; Beseler III S. 200. — Ganz anders Haymann II S. 97ff.

Versucht man von diesen Gesichtspunkten aus das Stück V wiederherzustellen, so fragt es sich noch, welche von den beiden miteinander unverträglichen Wendungen — das *licet* oder das *esse damnum emptoris* — der Einstellung des Paulus mehr entsprochen haben dürfte. Zugunsten des *licet* spricht beträchtlich, daß für den Klassiker, der von den Perfektionshindernissen ausging, der Hauptgegensatz zwischen der Existenz und der Nichtexistenz des Schuldobjektes und nicht zwischen Untergang und Verschlechterung lag.[1]) Die Verschlechterung bildet nur den freilich wichtigsten und problemreichsten Unterfall des Fortbestehens der Sache. Diese Grundanschauung wird aus dem *licet* leise, aber deutlich vernehmlich[2]); sie darf nicht verschüttet werden. Und so wäre — dem Sinne nach — folgendes möglich:

> Sane si ⟨exsistente condicione⟩ exstet res, licet deterior effecta ⟨sit, utriusque scholae auctoribus placuit perfectam esse emptionem⟩.[3])

Das *sane si exstet res* würde sich an das vorangehende hypothetische *quia tunc, cum condicio exstiterit, non res sit quae veneat*[4]) vortrefflich anschließen und dieses damit nur noch wahrscheinlicher machen. Der Kernbegriff des *emptio perficitur* war schon nach der Fragestellung kaum zu entbehren; ein Schulenstreit bestand insoweit nicht. Aus dieser gemeinsamen Grundlage ergab sich hier ein einmütiger Standpunkt, dessen Hervorhebung dann durch das kraftlose *potest dici* überdeckt worden wäre.[5])

---

[1]) Darüber Näheres unten Nr. 35.

[2]) Nicht erkannt von Haymann II S. 97f. [3]) Levy.

[4]) Oben Nr. 31.

[5]) Von Seckels Hand stammt folgende zusammenfassende Übersicht über die Behandlung des Bedingungsfalls: 1. Rückziehungstheorie. Condicione impleta wird die emptio imperfecta zur perfecta: periculum est emptoris. a) Verschlechterung: Bedingung (z. B. si Titius consul factus erit) kann natürlich eintreten. Käufer trägt die Gefahr der Verschlechterung. b) Untergang. Bedingung kann natürlich wiederum eintreten. Sie gilt als eingetreten zur Zeit des Vertragsschlusses, damals existierte Kaufobjekt. Also trägt Käufer auch die Gefahr des Unterganges. — 2. Nichtrückziehungstheorie. Im Zeitpunkt der condicio existens müssen die Wirkungsvoraussetzungen vorliegen. Sonst emptio endgültig

34. Damit ist die Hauptstelle D. 18, 6, 8pr. besprochen. Jeder ihrer Sätze hat, wie gezeigt, einen klassischen Kern. Keiner ihrer Sätze ist ohne das Prinzip vom *periculum emptoris* verständlich. Von der Tradition als Voraussetzung des Gefahrüberganges verlautet nichts, auch nicht in dem Sinne, daß pendente condicione wenigstens sie den Gefahrenwechsel bewirkte.[1] Durchaus das Gleiche gilt von zwei weiteren Stellen, die ebenfalls den bedingten Kauf vom unbedingten abheben. Sie brauchen nach dem Vorangegangenen nur hierher gesetzt, nicht durchgesprochen zu werden.

Ulp. 34 ad Sab. D. 23, 3, 10 (§ 4 und) § 5:

> 4 Si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub condicione est[: namque hanc habet condicionem] 'si matrimonium fuerit secutum'. secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur et fit vera venditio. 5 Inde quaeri potest, si ante nuptias mancipia aestimata deperierint, an mulieris damnum sit, et [hoc consequens est dicere: nam cum sit condicionalis venditio, pendente autem condicione mors contingens exstinguat venditionem,] consequens est dicere mulieri perisse, quia nondum erat impleta venditio[, quia aestimatio venditio est].

Der Text weist manche Anstände auf, die Beseler, Beiträge II 58, wie vorstehend, zu beheben versucht hat.[2] Zu überlegen wäre überdies, ob nicht das den § 5 einführende *quaeri potest* die Vermutung nahelegt, daß Ulpian (ähnlich wie Paulus) den Schulenstreit erwähnt[3]) und deshalb an Stelle des *consequens est dicere* einstens ein *aiunt Cassiani* gestanden habe, aus deren Lehrtradition dann auch

---

imperfecta; andernfalls: ex nunc perfecta. a) Verschlechterung: Bedingung eingetreten. Wirkungsvoraussetzung liegt vor, ohne alle Rücksicht auf Qualität der Ware. Käufer trägt die Gefahr der Verschlechterung. b) Untergang. Bedingung eingetreten. Wirkungsvoraussetzung liegt nicht vor. Verkäufer trägt die Gefahr des Unterganges.

[1]) Dieses letztere bestreitet auch Haymann II S. 83 nicht.

[2]) Weniger plausibel Schulz S. 74f., dem Krüger zdSt. beitritt; vgl. oben S. 174 N. 1.

[3]) Siehe oben S. 166 N. 3.

das Urbild des *pendente*-Stückes entnommen worden wäre. Indessen tasten die zu tilgenden Glosseme den erkennbaren ulpianischen Inhalt nicht an.[1] Eine Bestätigung enthält überdies Paul. Vat. fr. 111 (i. f.)[2], insbesondere auch für die Wirkungslosigkeit der Tradition.

Die andere Stelle stammt von Diokletian: C. 4, 48, 5 (a. 284):

> Cum speciem venditam per violentiam ignis absumptam dicas, si venditionem nulla condicio suspenderat, amissae rei periculum te non adstringit.

Die wenigen aus diesem Reskript in Vat. fr. 23 erhaltenen Worte zeigen, daß es etwas gekürzt, aber im übrigen von Justinian nicht (oder fast nicht) geändert ist.[3] Der angeredete Verkäufer hat das periculum der durch vis maior zerstörten Kaufsache nicht zu tragen, d. h. er behält den Preisanspruch. Umgekehrt verlöre er ihn, wenn der Kauf bedingt abgeschlossen und die Zerstörung während schwebender Bedingung eingetreten wäre.

35. Erst jetzt wird ersichtlich, daß die Grundregel (Stück I) das *exstingui* oder das *deterius fieri* nicht besonders namhaft zu machen brauchte, sondern beide Gefahrenfälle gleichmäßig umfaßte. Die Regel *perfecta emptione periculum ad emptorem respicit* bedeutet somit nicht: „Die Gefahr der nach Perfizierung des Kaufes eintretenden Schadensfälle trifft den Käufer", sondern weitergehend: „Nach Perfizierung des Kaufes trifft den Käufer die Gefahr aller (seit der emptio contracta eingetretenen) Schadensfälle". Dem Verkäufer verbleibt also die Gefahr aller derjenigen Ereignisse, die die Perfektion hindern. Bis zu diesem

---

[1]) Vgl. auch Vassalli S. 218 N. 1, S. 219. — Für Haymann II S. 85f. ist der ganze § 5 ein Machtspruch der Byzantiner; dagegen zutreffend Rabel S. 547 N. 1 und grundsätzlich die oben S. 168 N. 3 Genannten. Sachlich entgegengesetzt zu Haymann auch die neueste Textkritik von Beseler SZ. 45 S. 258f., der die überlieferten Entscheidungen der §§ 4, 5 — m. E. ohne hinreichenden Grund — vollkommen zusammenstreicht.

[2]) Sehr bedenklich dazu die radikale Eliminierung bei Beseler, SZ. 45 S. 257f.

[3]) Schulz S. 45f.; Rabel S. 551, 556 gegen Haymann II S. 148f.

Punkte bestand gewiß kein Kampf der Schulen. Dieser entbrannte erst bei der Frage, welche Ereignisse perfektionshindernd wirken. Und so will mir scheinen, als ob es überhaupt nicht römisch gesehen wäre, wenn man die Kategorien „Gefahr des Unterganges" und „Gefahr der Verschlechterung" grundsätzlich voneinander abhebt. Selbstverständlich sondern die Klassiker im einzelnen die Wirkungen dieser Tatbestände, auch der Begriff des *omne periculum* (s. u. Nr. 43) setzt die Unterscheidung voraus, und das *periculum acoris et mucoris* hat seine eigenen Fragestellungen hervorgerufen (u. Nr. 48ff.). Aber nirgends haben die Klassiker die Untergangsgefahr und die Verschlechterungsgefahr als solche getrennten Regelungen unterstellt.[1]) Wesentlich war ihnen nur, ob ein Ereignis perfektionshindernd wirkte oder nicht. Die Cassianer — um von ihnen hier allein zu reden — sprachen die hindernde Kraft allgemein dem Sachuntergang zu, nicht minder aber gewissen Verschlechterungen[2]), die es zuwege bringen, daß die beim Vertragsschluß verabredete Sache nicht zur (Existenz und) Apparenz kommen kann. Daß sich hier für die Vertragsauslegung ein weites Feld öffnete, leuchtet ohne weiteres ein.

Zur Gefahrüberwälzung auf den Käufer ist also, ganz wie es die Regel sagt, immer der Eintritt der Perfektion erforderlich. Scheitern kann die Perfektion entweder gerade dadurch, daß ein perfektionshindernder Schaden die Kaufsache trifft, oder aus einem die Kaufsache gar nicht berührenden Grunde, z. B. dadurch, daß die Bedingung *si navis ex Asia venerit* ausfällt oder der bestimmungsberechtigte Dritte den Preis fristgemäß nicht bestimmt. In den Fällen der letzteren Art geht eine etwa zuvor eingetretene Verschlechterung der Kaufsache auf Gefahr des Verkäufers selbstverständlich auch dann, wenn sie selbst die Perfektion nicht gehindert haben würde: z. B. der bedingt gekaufte Sklave ist pendente condicione erkrankt.

---

[1]) Vgl. auch das fr. 8pr. cit. i. f. (oben Nr. 33).

[2]) Hierüber unten Nr. 43ff., doch sind die Juristen, die diese später herrschend gewordene Lehre vertreten, nicht sicher mit den Cassianern zu identifizieren: vgl. Nr. 46 Abs. 3.

IV. Kauf mit Preisbestimmung ad mensuram (D. 18, 1, 35, 5. 6).

36. Die Perfektion bei einigen besonderen Arten des Kaufes wird von Gaius in D. 18, 1, 35, 5—7 ausführlich erörtert. Gaius hat zum Titel empti venditi des edictum provinciale zweifellos recht eingehend vom periculum gehandelt. Dessen Abgrenzung von der custodia hat er, wie D. eod. 35, 4 und D. 47, 2, 49 (Lenel Nr. 238) erweisen, bereits erledigt, auch die Aufzeigung der Perfektion als Voraussetzung des Gefahrüberganges liegt offenbar schon hinter ihm, und so darf er diesen Begriff als bekannt annehmen, wo er sich nun einigen spezielleren Fällen zuwendet, in denen die Bestimmung des Wann der Perfektion gewisse Schwierigkeiten machte.

Gai. 10 ad ed. prov. (Lenel Nr. 238 III) D. 18, 1, 35 §§ 5. 6.[1])

I. Kauf vertretbarer Sachen. — Einleitung.

(§ 5) In his[2]) quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento,

1. modo ea servantur quae in ceteris[2])[3]), ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio,
2. modo[4]) ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratave sint.

II. Ausführung: Unstreitiges und Streitiges.

Nam

1. si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum, quantumcumque esset, uno pretio venierit, idem iuris est quod in ceteris rebus.[5])
2. quod si
   a) vinum ita venierit ut in singulas amphoras, item oleum ut in singulos metretas, item fru-

[1]) Neuere Lit.: Bechmann II S. 341f., 360f., III 1 S. 183; Haymann II S. 99ff.; Rabel S. 555 N. 3.

[2]) Neutrum wie so oft (VIR. III 236, I 734).

[3]) Daß hier *servantur* nicht wiederholt wird, ist zu loben und nicht zu tadeln.

[4]) Mögliche Rekonstruktion unten Nr. 37 a. E.

[5]) Ist *ceteris* Neutrum wie in I 1, so ist *rebus* Glossem.

mentum ut in singulos modios, item argentum ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici.

b) quod similiter scilicet quaeritur et de his[1]) quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum.

III. Die Standpunkte der beiden Schulen.

1. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata[2]) admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri ut[3]) IN SINGULOS METRETAS aut IN SINGULOS MODIOS QUOS — QUASve — ADMENSUS ERIS aut IN SINGULAS LIBRAS QUAS ADPENDERIS aut IN SINGULA CORPORA QUAE ADNUMERAVERIS.

2. . . . .[4])

IV. Entsprechend: Kauf einer Sachgesamtheit.

(§ 6) Ergo et si grex venierit,

1. si quidem universaliter uno pretio,[5]) perfecta videtur, postquam de pretio convenerit:

2. si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus.

---

1) Neutrum wie so oft (VIR III 236, I 734).

2) Als Subjekt ist ohne Schwierigkeit das an die Spitze des Ganzen gestellte *haec quae pondere . . . constant* zu ergänzen. Für Echtheit auch Rabel S. 555 N. 3.

3) ut] IN SINGULAS AMPHORAS aut. Das *in singulas amphoras* ist durch Schreibversehen ausgefallen. Das wird durch die im übrigen vollendete Symmetrie der Glieder mit denen von II 2 und ferner durch das sonst beziehungslose *quasve* exakt bewiesen; siehe insoweit auch Mommsen z. d. St. Das folgende *aut* dürfte zunächst stehen geblieben und von einem späteren Kopisten in das ihm sinngemäßer scheinende *ut* verbessert worden sein. — Ein wenig anders Seckel: ut (aut scr.?) ⟨in singulas amphoras aut⟩.

4) Zur Rekonstruktion unten Nr. 40 a. E.

5) ⟨emptio⟩ ins. Seckel. Vermutliche Urschrift PRETIO$\overline{EO}$. Zu $\overline{EO}$ = emptio siehe Studemund, Gai. Apograph. 266. Vgl. II 2: *emptio perfici* (I 1 und 2: *perfecta venditio*). [Oder hat die Endung *tio* in *pretio* den Ausfall von *emptio* veranlaßt? Das bemerkt O. Lenel beim Lesen der Korrektur.]

37. Das Stück I leitet in der behaglichen Breite des Lehrkommentars zu dem Problem hin: der Kauf vertretbarer Sachen ist perfekt bald wie der Normalkauf mit dem Kaufabschluß, bald erst mit der Feststellung von *pondus numerus mensura*. Stil und Ausdruck lassen durchweg auf Gaius schließen, insbesondere erinnert an ihn das für solche Einleitungen gern verwandte *modo—modo—nam.*[1]) Keinerlei Bedenken hat der passivische Gebrauch von *admetior*[2]): dieser Gebrauch ist bei den Juristen der überwiegende[3]), der entsprechende findet sich für das Simplex *metiri* und die verschiedensten Composita (de-, di-, e-, per-, re-, super-) schon bei Plautus, Terenz, Cato, Caesar, Cicero usw.[4]), für *admetiri* insbesondere bei Cato.[5]) Überdies begegnet das Partic. perfecti der Deponentia vom Beginn der Kaiserzeit an allgemein sehr häufig in dem passiven Sinne[6]), der hier zur Prägung der handlichen dreieinigen Redensart *admensa adpensa adnumeratave* überhaupt nicht entbehrt werden konnte, weil ein Sprachnotstand ihn gebot. Zweifelhaft ist allein, ob in I 2 ursprünglich zwischen *modo* und *ut* etwas stand. Ein *id servatur* konnte sich der Leser freilich unschwer selbst ergänzen. Aber damit hätte Gaius im Prooemium das vorweggenommen, was seine Ausführungen hernach erst ergeben sollten. Denn aus ihnen erhellt ja, daß die These I 2 für die emptio ad mensuram nur von der einen Schule gebilligt wurde.[7]) Und so liegt es am nächsten,

---

[1]) Gai. I 16, 17, III 74, 75. Ohne das *nam*, weil die Ausführung weiter ausholt, z. B. in IV 174.

[2]) Anders Haymann II S. 100 N. 1, 2.

[3]) Passivisch zehnmal, aktivisch zweimal (VIR. I 227). Unecht sind unter den ersteren Stellen nur: D. 18, 6, 1, 1 init. (siehe unten Nr. 50) und D. eod. 5 (si admensum est: siehe unten S. 191 N. 5).

[4]) Näheres Kühner-Stegmann (u. N. 6) I S. 911. Diese Erscheinung läßt sich nicht durch den Hinweis auf das Nebeneinander von *sentire* und *adsentiri* entkräften. Denn *sentire* ist niemals (Gell. N. A. 2, 25, 9), *metiri* grundsätzlich Deponens.

[5]) de agri cult. 148, 6: *quod admensum erit*, das bei solcher Sachlage schwerlich (mit Keil in seiner Edition) in *admensus* wird geändert werden dürfen.

[6]) Stolz-Schmalz, Lat. Grammatik, 4. Auflage S. 389 f.; Kühner-Stegmann, Ausführl. Gramm. d. lat. Sprache II 1, 2. Aufl. (1912), S. 111.

[7]) Vgl. unten S. 188 N. 1.

daß hier ein Hinweis auf die Bestrittenheit der Frage zu lesen war, der den nivellierenden Kompilatoren aus demselben Grunde zum Opfer fiel wie dann in III der Bericht über die prokulianische Lehre. Beispielshalber mag es etwa geheißen haben:

I 2: modo ⟨quaeritur an sic servandum sit⟩[1]) ut . . .

38. Für die beiden in Stück I unterschiedenen Rechtfolgen bringt Stück II die zugehörigen Tatbestände. Zuvor hebt das *omne vinum* etc. sachgemäß hervor, daß in beiden Fällen ein Kauf des ganzen Vorrates und damit ein Spezieskauf in Frage steht, von dem später (§ 7) der Kauf aus einem Vorrat ebenso korrekt mit *pars vini* abgehoben wird. Ist nun (II 1) dieser Gesamtvorrat ohne Rücksicht auf Zahl, Maß oder Gewicht (anders ausgedrückt: per aversionem, in Bausch und Bogen) zu dem einheitlichen Preise von 1000 verkauft, so gelten in Ansehung von Perfektion und Gefahr die Regeln des Normalkaufes: emptio perfecta = emptio contracta. Das versteht sich ohne weiteres, weil die Ware sofort abholungsreif, der Preis sofort anbietungsreif ist[2]), und war auch außer Streit (idem iuris est). — Als gegensätzliche Tatbestände sind zwei denkbar[3]):

α) nicht *quantumcumque esset*, sondern „dieses Faß von 100 amphorae" wird *uno pretio* (1000) verkauft.

β) dieses Faß *quantumcumque esset* wird nicht *uno pretio* (1000), sondern um 10 für die einzelne amphora verkauft.

Gaius geht nur auf den Fall *β* ein[4]), der als problematisch das Weitere allein beherrscht.

In II 2 präzisiert er zunächst die Fragestellung[5]) *quando videatur emptio perfici*, wobei die Tatbestände in elementarer Ausführlichkeit vorgelegt werden: in a kehren sämtliche vier Beispiele von I wieder, zuerst die drei *ad-*

---

[1]) Vgl. etwa Paul. D. 5, 1, 24, 2. — VIR. V 384, 42ff.

[2]) Siehe oben Nr. 18 und 23.

[3]) Dies gegen Haymann II S. 101 N. 1.

[4]) Zur wahrscheinlichen Entscheidung des Falles *α* vgl. Alf. D. 19, 1, 26 und dazu oben Nr. 4.

[5]) Zu ihr auch oben Nr. 25.

metienda, zuletzt das adpendendum (argentum), in b folgen die *corpora adnumeranda*, die ohne Beispiele genannt werden, weil es für das bloße Zählen natürlich keine besonderen technischen Einheiten gibt. Das alles ist musterhaft, einwandfrei aber auch der maskuline Gebrauch von *metretas*[1]), der sich im III 1 bei demselben Akkusativ und in V (= § 7) bei dem Genetiv *metretarum* wiederholt. Allerdings erscheint das griechische ὁ μετρητής meistens in der latinisierten Form *metreta*, *-ae* und ist dann Femininum[2]) nach der Regel des Varro[3]): vocabula ex Graeco sumpta, si suum genus non retineant, ex masculino in femininum Latine transire et *a* littera terminari velut κοχλίας cochlea, Ἑρμῆς herma, χάρτης charta. Behält aber ein griechisches Nomen im Lateinischen seine Endung *as* oder *ēs* bei, dann bleibt es Masculinum.[4]) So wird z. B. aus ὁ καταῤῥάκτης sowohl das Femininum cataracta wie das Masculinum cataractēs entnommen, und auch bei solchen Wörtern, die regelmäßig die ă-Endung führen, fehlt die maskuline ēs-Endung nicht. Wie Cicero dem Varro-Satz zum Trotz die hermae maskulin verwendet[5]), so Gaius die metretae, indem beide als Singular offenbar hermēs, metretēs (und nicht hermă, metretă) zugrundelegen. (Denn der Plural der griechischen Deklination stimmt mit der lateinischen überein.)[6]) Wenn das bei diesen Wörtern ungewöhnlich ist, so ist es doch korrekt und lediglich ein Gräzismus, als welcher es zu der langen Reihe der Gräzismen des Gaius[7]) hinzutritt und sich damit geradezu in ein Echtheitsindiz verwandelt. Überdies ist es ja auch uns geläufig, Fremdwörter bald mit dem ausländischen, bald mit dem deutschen

[1]) Dies zu Haymann II S. 101.

[2]) Plaut. Merc. 75, Cato agric. 100, Columella 12, 47, 11; 12, 51, 3, Martial. 5, 16, 7, Vulg. Joh. 2, 6.

[3]) Bei Charisius instit. gram. 1, 15 p. 80 (ed. Keil I 104, 13).

[4]) Neue-Wagener, Formenlehre I³ (1902) S. 965; Kühner-Stegmann, Ausführl. Gramm. I² (1912) S. 437.

[5]) ad Att. 1, 8, 2; de leg. 2, 26, 65.

[6]) Kühner-Stegmann I S. 422.

[7]) Kübler, R.-E. VII S. 500; Seckel-Kübler, Gai. Inst., 4. Aufl. (1923), p. IV n. 1.; Kniep, Der Rechtsgelehrte Gaius S. 58 ff., 64 f.; Beseler II S. 64 f. und SZ. 43, S. 535.

Genus auszustatten (der und die Tiber, der und die Appendix, der und die Paragraph), desgleichen gerade solche Lehnwörter, die ein Maß bezeichnen (der und das Liter, Meter).

39. Auf die in II 2 formulierte Frage folgt in Stück III die Antwort. Gaius berichtet, daß die Häupter seiner Schule den Kauf erst in dem Moment für perfekt hielten, in dem die Ware gezählt, gemessen oder gewogen sei. Dies deshalb, weil der Kauf „dieses Faß Wein für 10 je amphora" gleichsam unter folgender Bedingung abgeschlossen zu sein scheine: *In singulas amphoras*[1]) *quas admensus eris (denis hoc vinum est mihi emptum)*. Daß die dem Käufer in den Mund gelegte Geschäftsformel im Sinne des Gaius ungefähr so zu vervollständigen ist[2]), dürfte keinem Zweifel unterliegen. Gaius selbst durfte das Eingeklammerte weglassen, da es ihm nur darauf ankam, den Wortlaut der *condicio* zu formulieren. Die deutlich in das Futurum gestellte Messenstätigkeit des Verkäufers bildet den ungewissen Umstand, der das Wesen der Bedingung ausmacht. Eine echte Bedingung läge sicherlich vor, wenn *in singulas amphoras, s i e a s admensus eris* gekauft worden wäre. Ob sich das gleiche auch von der Abmachung *in singulas amphoras, q u a s admensus eris* sagen läßt, ist im gemeinen Recht noch bis zuletzt bestritten gewesen.[3]) Bejaht wurde die Frage jedenfalls von den Cassianern, falls diese Abmachung ausdrücklich getroffen war. Aber auch wenn der Wein lediglich „für 10 pro amphora" gekauft war, legten sie jene Abmachung im Wege willensergänzender Interpretation in den Kauf hinein. Gegen eine solche Methode der Auslegung wäre auch auf Grund des heutigen § 157 BGB. kein Bedenken zu erheben. Sie ist es, die in dem *quia*-Satz zu angemessenem Ausdruck kommt: das dem Gaius auch sonst geläufige *quasi*[4]) verkörpert die schlüssige

---

[1]) Vgl. oben S. 180 N. 3. Das Beispiel läßt sich selbstverständlich ebensogut mit oleum und metretae formulieren.

[2]) Nicht etwa so in den Text des § 5 hinein zu rekonstruieren ist.

[3]) Vgl. etwa einerseits Windscheid-Kipp § 390 bei N. 12, andererseits Bechmann II S. 323 N. 2, S. 341 f., III 1 S. 183 N. 2, beide mit Lit.

[4]) Vgl. Zanzucchi, Vocab.

Erwägung, in dem Kauf ad mensuram stecke zwar nicht ausdrücklich, wohl aber mittelbar *haec condicio: . . . . quos quasve admensus eris.* — Geschrieben ist III 1 mit einer fast pedantischen Akribie: die Beispiele von II 2 (a und b) marschieren in derselben Reihenfolge auf[1]); das *admensa adpensa adnumerata* wird säuberlich auf sie verteilt, zu dem *quos* ein *quasve* gefügt, das *fieri* von dem *perfici emptionem* korrekt abgehoben. Uneben ist allein das *ut*, das bei Gaius solchenfalls regelmäßig in der Form *velut* steht[2]) und hier überdies durch das vorangehende *hac* entbehrlich wird. Indessen ist wahrscheinlich, daß das *ut* überhaupt nur dem sicheren Textausfall an dieser Stelle seine Entstehung verdankt.[1])

Daß die Cassianer, indem sie diesen Fall in das Gleis des bedingten Kaufes ausmünden ließen, festen Boden unter den Füßen gewannen, dürfte nach den obigen Darlegungen[3]) ohne weiteres klar sein: vor Eintritt der Bedingung, also auch vor dem *admetiri* keine Perfektion. Was daraus für die Gefahrtragung und sonst folgte, sagt Gaius nicht und brauchte er nicht zu sagen, weil er nach Stil und Anlage der Stelle davon schon vorher gesprochen haben muß[4]), vielleicht bei Gelegenheit des bedingten Kaufes. Aus dessen Erörterung in D. 18, 6, 8pr. lassen sich jedenfalls die Rechtsfolgen mit ziemlicher Sicherheit ausmalen. Ging die gekaufte Ware vor der Messung, Wägung, Zählung unter, so war, gleichviel ob der Preis sich etwa auf andere Art auch noch nachträglich ermitteln ließ, die Messung usw. unmöglich geworden, die Bedingung also ausgefallen und damit die Gefahr beim Verkäufer geblieben.[5]) Eine bloße Verschlechterung der Ware hinderte dagegen ihre Zumessung usw. keineswegs; die Zumessung d. h. die Per-

---

[1]) Vgl. oben S. 180 N. 3. [2]) Vgl. Zanzucchi, Vocab.

[3]) Nr. 29 und 30. [4]) Siehe oben Nr. 36 anf.

[5]) Zu demselben Ergebnis wäre Sabinus übrigens gelangt, wenn er die Messung „am Phantom" (Zumessung von Wasser aus dem ausgelaufenen Weinfaß) als *admetiri* im Sinne der Bedingung angesehen hätte. Denn zur Zeit dieses *admetiri* wäre das Kaufobjekt (der Wein) nicht mehr vorhanden gewesen: es hätte also im maßgebenden Zeitpunkt der Perfektion an der Existenz des *Quid* (siehe oben Nr. 23) gefehlt.

fektion findet die gekaufte res certa noch vor, und so trifft dieser Schaden den Käufer.[1]) — Die innere Rechtfertigung für die Belastung des Verkäufers mit der Untergangsgefahr sahen die Cassianer offenbar[2]) darin, daß das Quantum der Ware ohne die vorbereitende Betätigung des Verkäufers nicht in Erscheinung treten (apparere) konnte und es daher seiner Initiative bedurfte, um dem Käufer das Anbieten des Geldes und damit das Abholen der Kaufsache zu ermöglichen.[3]) Gewiß mußte der Käufer bei dem *admetiri* mitwirken. Fand er sich aber trotz Einladung dazu nicht bereit, so kam er in Perfektionsverzug, und der Verkäufer konnte nun durch einseitige Messung den Kauf perfizieren.[4])

40. Die Gegenschule muß einen anderen Standpunkt eingenommen haben. Das ergibt sich aus dem typisch gajanischen Schema: *quaeritur* . . . *Sabinus et Cassius* . . . *existimant*[5]) mit einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit. Und so haben die Kompilatoren den Bericht über die prokulianische Lehre, der in III 2 gefolgt ist, unterdrückt — ebenso radikal wie in D. 18, 6, 8pr. den Bericht über Sabinus. Wie mag diese Lehre gelautet haben? Der bisher[6]) ermittelte Dissens betraf die Rückwirkung einer eingetretenen Bedingung. Fiel die Bedingung aber aus oder schwebte sie noch, so war der Kauf auch für Proculus nicht perfekt.[7]) Deshalb hätte auch er den Kauf bis zum *admetiri* für imperfekt halten müssen, wenn er ihn als durch das *admetiri* bedingt erachtet hätte. Da er aber nach der präzisen Sprache des Gaius (tunc perfici emptionem existimant) die Perfektion auf einen anderen Zeitpunkt verlegte, so muß er die Analogie des bedingten Kaufes (die Argumentation des *quia*-Satzes) abgelehnt haben. Vermutlich aus ungefähr denselben Gründen, aus denen

---

[1]) Näheres oben Nr. 33, 35.

[2]) Vgl. das auf den Verkäufer gehende *admensus eris* usw. ihrer Musterbedingung.

[3]) Vgl. insoweit auch Bechmann II S. 341.

[4]) Siehe unten Nr. 78.

[5]) Vgl. II 200, 244, III 87, 103, 141, 167a, IV 78; ferner etwa II 79, III 71, 147.

[6]) Oben Nr. 28—31. [7]) Vgl. auch Nr. 33 a. E.

sich noch die Mehrzahl der Pandektisten im 19. Jahrhundert gegen die Analogie wandte[1]): Wenn der Wein (infolge höherer Gewalt) vor der Zumessung auslief, so sei deshalb die Ermittelung des gekauften Quantums und damit des Preises nicht immer unmöglich geworden; das *id quod venierit quantum sit* könne auch auf andere Weise zum Vorschein kommen (*apparere*) z. B. durch Zumessung von Wasser aus dem Faß, wenn dieses, wie durch Zeugnis des Kellermeisters nachweisbar, ganz gefüllt war, oder dadurch, daß der Verkäufer dartun konnte, den Wein kurz vor dem Kauf oder hernach, wenngleich ohne Zuziehung des Käufers, gemessen zu haben usw.[2]) Führe aber der Verkäufer den Nachweis, so bestehe kein Grund, die Perfektion des Kaufes als hinausgeschoben zu erachten: der Kaufpreis werde geschuldet. Freilich sei er normalerweise dadurch zu ermitteln, daß der Verkäufer die Ware dem Käufer zumesse. Aber des letzteren Sache wäre es gewesen, die nötigen Gefäße zum Zumessen, den Korb zum Zuzählen der Eier usw. alsbald zum Kauf mitzubringen[3]): das gehöre in den Bereich des dem Käufer obliegenden Abholens nicht minder als das Mitbringen und Anbieten des Kaufgeldes. — Von diesem Standpunkt aus ergäbe sich als Stichzeit nicht ein späterer Zeitpunkt als der der Cassianer, sondern ein früherer und zwar der des Kaufabschlusses. Und so würde, ohne daß es irgend eines Rückwirkungsgedankens bedurft hätte und ohne Rücksicht auf eine später erfolgte oder mögliche Messung, bei dem Kaufe „dieses Faß Wein für 10 je amphora" die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung von der *emptio contracta* an auf dem Käufer lasten: denn aus der Abwicklung des *admetiri* könnte in keinem Falle ein Perfektionshindernis erwachsen. Es würde also der Kauf mit Preisbestimmung ad mensuram genau ebenso den Regeln über den Normalkauf unter-

---

1) Siehe oben S. 184 N. 3.

2) Vgl. auch das einseitige *per corbem venditorem mensuram facere* bei Annahmeverzug des Käufers: D. 18, 6, 1, 4.

3) Oder, wenn er dazu nicht imstande war, mit dem Kaufabschluß noch zu warten.

stehen (I 1: ea servantur quae in ceteris) wie der Aversionskauf.[1])

Daß der hiermit skizzierte Standpunkt in der Tat der prokulianische war, dafür läßt sich allerdings ein quellenmäßiger Beweis nicht führen. Der Wahrscheinlichkeitsbeweis aber dürfte in der Schlüssigkeit des aus der römischen Grundanschauung vom Kauf entnommenen Gedankenganges sowie darin liegen, daß im Ergebnis die Schulen sich wieder in denselben Positionen gegenüberstehen, in denen wir sie beim bedingten Kauf angetroffen haben: die Cassianer suchen (durch Hinausschieben der Perfektion und Ablehnung aller Rückwirkung) das *periculum emptoris* zu mildern, die Prokulianer verfolgen es (durch Verfechtung sofortiger Perfektion oder durch Rückziehung) in alle seine Konsequenzen. Justinian steht, wie aus D. 18, 6, 8pr. abzuleiten war[2]) und aus unserem § 5 noch viel unmittelbarer hervorgeht, im Resultat der cassianischen Lehrmeinung näher. Was er hier gestrichen hat, ließe sich unverbindlich in die Worte fassen:

III 2 ⟨Diversae autem scholae auctores etiam eam emptionem simul atque de pretio convenerit perfectam esse putant, quia quae venierint statim admetiri adpendi adnumerari nihil vetat.⟩[3])

41. Bisher hat Gaius nur von einem Vorrat vertretbarer Sachen gesprochen, deren kleinste Einheit als Rechtsobjekt nicht in Betracht kommt. Im Stück IV (= § 6) geht er nun zu dem Kauf mehrerer selbständiger Sachen über, die nicht *pondere numero mensurave constant*, aber doch als zu einer Sachgesamtheit zusammengefaßt den einheitlichen Gegenstand eines Kaufes bilden können (Beispiel: Herde). Ein solcher Kauf ist nämlich[4]) im Hinblick auf die Gestaltung der Preisbestimmung denselben Besonderheiten

[1]) Vgl. oben Nr. 37 a. E. [2]) Oben Nr. 31.

[3]) Seckel: ⟨Diversae autem scholae auctores putant emptionem perfici simul atque contracta erit.⟩

[4]) Darin liegt der logische und nützliche Fortschritt der Darstellung, den man nicht mit Haymann II S. 102 übersehen darf. Vgl. auch Bechmann II S. 324 N. 3.

zugänglich wie der von Fungibilien, und so unterliegt er auch derselben Regelung. Das gibt dem Juristen berechtigten Anlaß, sich mit einer Verweisung auf das Vorhergesagte zu begnügen. Die Art, wie er vorgeht, ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Mit *ergo et* anknüpfend, hebt er sogleich hervor, daß der ganze *grex* verkauft ist, also das Grundthema „Spezieskauf" beibehalten wird. Alsdann beginnt die Unterscheidung in IV 1 und 2, die der von II 1 und 2 genau entspricht und sich nur in formaler Hinsicht erklärlicherweise viel gedrängter faßt. In IV 1 wird das *quantumcumque esset*, wenn überhaupt, mit *universaliter* (im ganzen) aufgenommen[1]) und die für den Kauf in Bausch und Bogen ja nicht im Schulenkampf befangene Entscheidung fast buchstäblich mit den Worten von I 1 kurz wiedergegeben. IV 2 deutet an, daß hier der Preis nur durch Zählen der einzelnen Stücke (= II 2b), nicht durch Messen oder Wägen (II 2a) zu ermitteln sei[2]): eine Entscheidung in der Sache wird geschickt vermieden und lediglich auf die soeben gegebene ausführliche Darstellung des Meinungsstreites verwiesen. Das *proxime* ist die bei solcher Gelegenheit von Gaius vielfach benutzte Wendung[3]), *tractare* fehlt auch sonst bei ihm nicht[3]), ebensowenig die Ellipse der *si*-Sätze, wenn die Ergänzung auf engstem Raume, wie hier, Zweifel nicht aufkommen läßt.[4])

V. Kauf aus konkretem Vorrat (sog. beschränkter Genuskauf)

(D. 18, 1, 35, 7; 18, 6, 5 II; Vat. fr. 16; C. 4, 48, 2 pr.).

42. Das Gaiusfragment fährt fort[5]):

V. (D. 18, 1, 35, 7). Kauf aus konkretem Vorrat.

Sed et si ex doleario pars vini venierit veluti metretae

[1]) Notwendig ist das *universaliter* in der abgekürzten Redeweise des § 6 nicht. Da es in der Rechtssprache sonst wohl überhaupt nicht vorkommt (vgl. den Berliner Digestenindex und die Wörterbücher von Gradenwitz und von Mayr) und außerhalb ihrer erst spät belegt zu sein scheint (Augustin, Boethius), so liegt es nahe, ein Glossem anzunehmen.

[2]) Vgl. das *adnumerare* bei Varro r. r. 2, 2, 6.

[3]) Zanzucchi, Vocab. [4]) Vgl. etwa Gai. II 143, IV 100, 101.

[5]) Der vorangehende Text oben Nr. 36.

centum, verissimum est quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere: nec interest, unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit an in singulos eos.

In den §§ 5 und 6 kam Gaius — von der Unterdrückung des Kontroversenberichtes abgesehen[1]) — im wesentlichen wohl unverkürzt zu Worte. Das ändert sich im § 7. Der metretes, der im § 5 nur als Ölmaß auftrat, wird nun an Stelle der amphora als Weinmaß herangezogen. Die vorsichtig referierenden Wendungen der §§ 5 und 6 werden durch das emphatische Werturteil *verissimum* abgelöst. Das weist darauf hin, daß die Byzantiner hier zum Zwecke der Zusammenfassung und Verdeutlichung (*verissimum*) am Werke gewesen sind.[2]) Zu anderem Zwecke schwerlich. Denn das Stehengebliebene zeigt formell viele Echtheitskriterien und besteht, wie zu zeigen, auch materiell die Probe.

Bleibt das verständnislose Verbindungsglied *sed* [*et*] beiseite, so zielt der Tatbestand sofort vorbildlich darauf ab, das neue Moment, das er in die Erörterung bringt, ins Licht zu setzen: nicht mehr *omne vinum* (§ 5), sondern *ex doleario pars vini* wird verkauft und so dem bis dahin allein behandelten reinen Spezieskauf der Kauf aus konkretem Vorrat präzis gegenübergestellt. Das *constare videtur* nimmt stark für sich ein, weil es auch sonst bei Gaius vorkommt[3]), ja gerade nur bei ihm vorzukommen scheint.[4]) *Admetiatur* steht wiederum passivisch[5]) und hätte in *pars vini* ein passendes Subjekt, falls man es nicht vorzieht, darin eine neutrale Wendung zu sehen, ähnlich wie im zweimal vorangehenden *de pretio convenerit*.[6]) Der Schlußsatz ist, wenn man das überflüssige Glossem *in semel* tilgt[7]), nicht „fürch-

---

1) Oben Nr. 36 zu I 2 und III 2. 2) Vgl. auch Schulz S. 86.

3) III 69; D. 11, 7, 9 i. f. (dazu m. Privatstrafe S. 64). Vgl. auch das *videmur* am Ende des Kontroversenberichtes bei Gai. II 195.

4) VIR I 959, 50. 5) Siehe oben Nr. 37.

6) Auch im Deutschen ließe sich sehr wohl sagen „bevor zugemessen wird".

7) *In semel* nach VIR V 335, 6, sonst nur noch in dem nachklassischen Paul. sent. 1, 18, 2. Vgl. bereits Grupe gegen Kalb: Haymann II S. 101 N. 2.

terlich"[1]), sondern typisch gajanisch.[2]) Er rundet die ganze Darstellung (§§ 5—7) in vollkommenster Weise ab, indem er die beim Spezieskauf zugrundegelegte Unterscheidung nach der Art der Preisbestimmung beim Kauf aus Vorrat zutreffend für unerheblich erklärt.

Damit stehen wir bereits im Sachlichen. Ist ein bestimmter Vorrat von vertretbaren Sachen nicht im ganzen, sondern aus ihm eine in der üblichen Maßeinheit bezeichnete Menge verkauft, so dürfte es feststehen *(constare videtur)*, daß bis zum *admetiri* der Verkäufer *omne periculum* trägt. Dieser Bericht des Gaius findet ein bis in die Zufälligkeiten des Aufbaues und Wortlautes reichendes verblüffendes Echo in der zweiten Hälfte von D. 18, 6, 5, einem Satze, der nur deswegen in Mißkredit geraten ist[3]), weil die Kompilatoren ihn mit der aus anderem Zusammenhang stammenden ersten Hälfte[4]) verkoppelt haben. An der Stelle des Sabinuskommentars, die der durch D. 18, 6, 8pr. gekennzeichneten Stelle seines Ediktskommentars entspricht, schreibt Paulus 5 ad Sab. (Nr. 1710) D. 18, 6, 5:

> . . . . si [verbi gratia] amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, [si admensum est][5]) donec admetiatur, omne periculum venditoris est [nisi id per emptorem fiat].[6])

Die Äußerungen des Gaius und des Paulus, deren jede allein schon, von den geringen Schlacken gereinigt, einen klassischen Eindruck macht, stützen sich gegenseitig beträchtlich. Wie ist ihre Entscheidung zu verstehen? Wer — wie der Leser des Gaius — soeben aus der Sphäre des Sabinus die Lehre empfangen hat, daß sogar der reine Spezieskauf ad mensuram erst mit dem *admetiri* perfekt ist,

---

[1]) Haymann II S. 101, 107.

[2]) *nec interest* mit indir. Fragesatz in ähnlichem Gedankengang bei Gai. I 89, 136, 173, II 144, (264), IV 83, 114. *Nihil interest*: I 73, II 37, 208, 243, 259, III 87; vgl. auch III 119a.

[3]) Eisele, SZ. 11 S. 21; P. Krüger z. d. St.; Schulz S. 84f. Zurückhaltender mit Recht Lusignani II S. 78ff.; vgl. insoweit auch Haymann II S. 116 N. 3.

[4]) Über diese u. Nr. 76. [5]) Glossem: Lenel z. d. St.

[6]) Ligatur zur ersten Hälfte. — Ebenso restituiert Lusignani.

der wird a potiori annehmen dürfen, daß beim Kauf aus einem Vorrat die Perfektion nicht früher eintreten kann.[1]) Aber zwei Fragen bleiben übrig. Stand Proculus auch hier in Opposition?[2]) und vor allem: was hat es zu bedeuten, wenn in beiden Stellen so seltsam gleichförmig hervorgehoben wird, daß *omne periculum* auf dem Verkäufer lastet? Wo verbirgt sich der Gegensatz?

43. Wenn damit gesagt werden sollte[3]), daß der Verkäufer nicht bloß die in der Custodiahaftung liegende Gefahr[4]), sondern auch die des höheren Zufalls zu tragen hätte, so wäre das ohne Salz. Da nur die letztere Gefahr im klassischen Kaufrecht[5]) *periculum* genannt wird[6]), so würde die Quellensprache dann ja überhaupt kein periculum venditoris kennen, das nicht zugleich *omne periculum* wäre. In Wirklichkeit begegnet das *omne periculum* beim Kauf, soweit ich sehe[7]), nur noch in Ulp. D. 18, 6, 4, 1 und hier

---

[1]) Unzulässig ist es, wenn Haymann II S. 108 als Gegeninstanz das Recht der Stipulation (Pap. D. 45, 1, 115 pr.) anruft, deren Perfektion ganz andere Voraussetzungen und Wirkungen hat als die des Kaufes; vgl. auch oben S. 151 N. 5 u. Nr. 54 a. E.

[2]) Hierzu unten Nr. 46 Abs. 3.

[3]) So Schulz 86. Aber auch Seckel scheint dieser Auffassung zuzuneigen.

[4]) Diese trägt er bei jedem Kauf. *Finis custodiae* (so Ulp. D. 18, 6, 4, 2) ist die schlichte Tradition (vgl. unten Nr. 74; Gegensatz: *vacuam possessionem tradere* unten Nr. 62): Paul D. 39, 2, 18, 9 (*nihil . . . debet* echt); eod. 38 pr. (vgl. Schulz S. 64f.); Ulp. D. 47, 2, 14 pr. § 1; auf das wiederholende *antequam vacuam possessionem tradat* in Paul. D. 19, 1, 36 ist kein Verlaß. Wie die Tradition wirkt der Verzug des Käufers: siehe unten Nr. 76. — Der Beginn der Custodiahaftung fällt mit der *emptio contracta* zusammen, nicht erst mit der *emptio perfecta*: das ist der Sinn der Frage in Gai. D. 18, 6, 2, 1: custodiam autem ante admetiendi diem [. . .] praestare venditorem oporteat, [. . .] videamus. Siehe auch unten S. 254 N. 7 und schon Seckel-Heumann S. 118 Sp. 1.

[5]) Anders beim commodatum (Ulp. D. 13, 6, 5 §§ 2. 3; dazu Seckel-Heumann S. 116f.; Schulz S. 55f; Kunkel, SZ. 45 S. 270 N. 5). Dieser Gegensatz ist sehr charakteristisch (s. u. Nr. 75). — Wie bei der Leihe wird *omne periculum* auch beim Depositum in D. 2, 14, 7, 15 aufzufassen sein. In D. 17, 1, 12, 14 i. f. ist die Wendung glossatorischen Ursprungs: periculo[que] meo pecuniam fore dicam [verum—pertinere].

[6]) S. u. Nr. 75, bes. S. 250 N. 2.

[7]) In anderem Sinne steht *commodum et incommodum omne* bei Julian in Ulp. D. 18, 2, 4, 4 = D. 43, 24, 11, 10 und in C. 4,48, 1.

in einem Zusammenhang, der die Hereinziehung der custodia in diesen Begriff ganz unmittelbar verbietet:

Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est.[1]) Ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere . . .

Durch diese Worte wird zugleich positiv ein anderer Sinn nahegebracht. Bei einem solchen Kauf in specie und aversione und ohne Degustation, also dem einfachsten Weinkauf, der sich denken läßt, trägt füglich der Käufer von Anfang an die Gefahr nicht bloß des Unterganges, sondern auch des Umschlagens, und dieses letztere Plus macht offensichtlich das *periculum* zum *omne periculum*[2]) (während die custodia bis zur Tradition beim Verkäufer bleibt). Von hier aus gesehen, haben Gaius und Paulus also gesagt: beim Kauf aus konkretem Vorrat trifft in der Zeit bis zum *admetiri* den Verkäufer die Gefahr sowohl des Unterganges wie der Verschlechterung. Und das ist in der Tat etwas Neues, das ins rechte Licht zu setzen Gaius nicht mehr wie vorher von der Perfektion, sondern unmittelbar vom *periculum* redet und beide Juristen dieses *periculum* mit dem Epitheton *omne* versehen: Die Verschlechterung der Kaufsache, die weder beim bedingten Kauf[3]) noch bei dem Kauf mit Preisbestimmung ad mensuram den Eintritt der Perfektion zu hindern vermochte, insbesondere auch im letzteren Falle weder nach Sabinus[4]) noch nach Proculus[5]) das *admetiri* vereitelte, tritt demnach hier als Perfektionshindernis auf. Anders ausgedrückt: verschlechtert sich der Vorrat, so braucht der Käufer die gekaufte Menge weder sich zumessen zu lassen noch zu bezahlen.[6]) Und dies nicht nur dann, wenn die Verschlechterung durch die custodia des Verkäufers hätte verhütet werden

---

[1]) [Echt trotz Vážný, Ann. Palerm. 12 S. 158. Nachtrag.]

[2]) Vgl. auch Goldschmidt, Z. f. Handelsr. 1 S. 78 N. 4, der aber, entgegengesetzt wie Schulz (ob. S. 192 N. 3) verallgemeinernd, diese Bedeutung auch in die Commodatstellen (ob. S. 192 N. 5) hineinträgt.

[3]) Oben Nr. 33. [4]) Oben Nr. 39 gegen Ende.

[5]) Oben Nr. 40 gegen Ende.

[6]) Näheres unten Nr. 44 letzter Absatz.

können — das würde diesen ersatzpflichtig machen und wird in unseren Stellen nicht berührt —, sondern auch im entgegengesetzten Falle, gleichviel ob sie auf ein von außen kommendes Ereignis oder auf inneren Verderb zurückzuführen ist.

44. Die letzterwähnte Möglichkeit bildet das Extrem. Wird die Gefahr des Verkäufers sogar bei innerem Verderb bejaht, so begreift sich alles übrige a potiori. Sie ist deshalb [1]) das alleinige Thema in zwei weiteren wichtigen Zeugnissen.

Pap. 3 resp. (Nr. 482) Vat. fr. 16.

I. Vino mutato periculum emptorem spectat, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis inpletam id evenerit.

II. Quod si mille amphoras certo pretio corpore non demonstrato vini vendidit, nullum emptoris interea periculum erit.

Daß das Fragment eine redaktionelle Verkürzung erfahren hat, ergibt sich allein schon aus dem Umstand, daß ein Subjekt zu *vendidit* (II) nicht vorhanden ist, auch aus I nicht ergänzt werden kann. Hält man damit zusammen, daß der Klassiker den Gegensatz von I und II vermutlich präziser unterstrichen haben wird, so könnte das Ganze etwa, wie folgt, begonnen haben:

I. ⟨Si quis vinum omne, quod in cella esset, vendidit,⟩ [2]) vino mutato . . . .

---

[1]) Und nicht weil von äußeren Einwirkungen höherer Gewalt das Gegenteil gegolten hätte (so Haymann II S. 98, 108; vgl. schon Rabel, Grundzüge S. 483f.; aber zweifelnd Rabel, SZ. 42 S. 557. 560). Gegen die Unterscheidung sprechen Gaius und Paulus citt. (auch D. 18, 6, 8 pr.), vor allem aber Inst. 3, 23, 3 (oben Nr. 16 anf.) und Ulp. D. 19, 2, 15, 2 (u. Nr. 48 anf.). Nicht für sie zeugt Gai. D. 18, 6, 16, wo *vina . . . sua natura corrupta* einfach den Gedanken ausschließen soll, daß die Verschlechterung vom Verkäufer zu vertreten sei. Zu D. eod. 1 pr. init. vgl. unten S. 207 N. 6. — Schulz S. 71f. (vgl. auch S. 76) sieht in der „chemischen Verschlechterung" des Weines zutreffend einen Fall höherer Gewalt, „vergleichbar etwa dem natürlichen Tod von Sklaven und Vieh". Die gleiche Parallele bei Rabel a. a. O.; anders Haymann II S. 138f.

[2]) Seckel (zweifelnd): ⟨si quis vinum corpore demonstrato vendidit⟩.



Wie dem aber auch sei[1]), der Sinn von I ist klar: Die Verschlechterungsgefahr beim reinen Spezieskauf trägt der Käufer nicht erst von der Perfektion ab, sondern schon vor ihr, wenn nur hinterher (sei es mit dem Eintritt des Zahlungstermins[2]), sei es mit der Erfüllung der vereinbarten Bedingung) die Perfektion sich vollzieht. Das stimmt mit den bisherigen Ergebnissen[3]) vollkommen zusammen.

Um so mehr streitet man um die Bedeutung von II. Das *certo pretio* freilich erklärt sich leicht: es umfaßt sowohl die Preisbestimmung per aversionem wie die ad mensuram[4]) und ist nur dazu da, alle Verwickelungen von der Seite des *pretium* her auszuschalten — ganz ähnlich wie der Schluß von D. 18, 1, 35, 7. Wesentlicher ist das Tatbestandsstück *corpore non demonstrato*. Es stellt klar, daß den Käufer eine Gefahr so lange nicht treffen soll, als das *Quid* der Kaufsache ihm nicht „apparent" geworden ist.[5]) Das trifft in der Tat beim Kauf aus einem Vorrat zu, und so schließt das beabsichtigt betonte *nullum emptoris interea periculum* sich mit dem *omne periculum venditoris antequam (donec) admetiatur* des Gaius und Paulus hermetisch und harmonisch zusammen. Indessen fassen andere[6]) das *corpus* (non demonstratum) nicht, wie hier geschehen[7]), im Sinne des zur Individualisierung auszuscheidenden Vorratsteiles, sondern als das Vorratsganze auf, aus dem die verkaufte Menge ausgeschieden werden soll, und so erhalten sie in fr. 16 II einen (den wichtigsten) Beleg für das Vorkommen eines reinen Gattungskaufes in Rom. Diese Auffassung wäre schwerlich aufgekommen, wenn der Eingang des Fragmentes unversehrt geblieben wäre. Aber auch davon abgesehen ist sie nicht zu halten. Zunächst bedeutet *corpus*

[1]) Auch die Beziehung des *id evenerit* auf den Ablativ *vino mutato* verrät einen Mangel an Eleganz.

[2]) Siehe unten Nr. 57.

[3]) Vgl. oben Nr. 33, 39 gegen Ende, 40 gegen Ende.

[4]) Vgl. Gai. D. 18, 1, 35, §§ 5. 6 (II 2 und IV 2).

[5]) Vgl. oben Nr. 23 a. E.

[6]) Vassalli, Studi Senesi 26 (1909) S. 13f.; Haymann II S. 108f.; zustimmend Rabel S. 555 N. 2.

[7]) Ebenso Bechmann II S. 335 N. 1; Schulz S. 72 scheidet nicht zwischen reinem und beschränktem Genuskauf.

ohne Zusatz die als species gedachte Sache und nicht eine universitas rerum.[1]) Alsdann ist die Verschlechterung des ganzen Genus Wein doch kaum vorstellbar[2]) und unter allen Umständen so unpraktisch, daß sie nicht Anlaß einer Anfrage bei dem Respondenten Papinian gewesen sein kann. Es hilft dieser Ansicht auch nicht viel, wenn sie eine beschränkende Qualitäts- oder Herkunftsbezeichnung hinzudenkt — überdies mit ungleich geringerer Legitimation, als wenn man in der durch I gebotenen Richtung einen bestimmten Vorrat voraussetzt und damit zugleich auf den von Gaius und Paulus nachweislich behandelten Tatbestand zurückgreift.

Allerdings soll die Annahme eines reinen Genuskaufes „zwingend aus dem *nullum periculum erit*“ folgen. „Denn sonst müßte doch wenigstens die Gefahr den Käufer treffen, daß dieser ganze Vorrat sich verschlechterte oder unterginge“.[3]) Allein diese Prämisse ruht auf schwachen Füßen; sie besagt das Gegenteil des von Gaius und Paulus gerade für den Kauf aus einem bestimmten Vorrat proklamierten *omne periculum venditoris*, das, wie dargelegt, eben auf die Verschlechterungsgefahr abzielt. Und wie die beiden Digestenstellen diese Gefahr ohne jede Einschränkung dem Verkäufer aufbürden, so auch Papinian. Also gibt es keine „Ausnahme“[4]) für den Fall, daß der ganze Vorrat verdorben sei. Das *nullum emptoris periculum* bezieht sich auf sämtliche Möglichkeiten. Hat die Verschlechterung nur einen Teil des Vorrats betroffen, so darf der Verkäufer weder aus diesem Teil zumessen noch durch gemischte Zumessung sich mit dem Gegner in den Verlust teilen wollen[5]), sondern er hat lediglich aus dem unverdorbenen Rest zu liefern. Ist aber ein solcher Rest nicht vorhanden, so wirkt sich die Tragung der Gefahr darin aus,

[1]) VIR. I 1036ff. zu III gegenüber 1039 zu IV.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp § 390 N. 9.

[3]) Haymann, Haftung des Verk. S. 72; vgl. ferner Haymann II S. 108.

[4]) F. Mommsen, Beiträge I S. 342; Haymann II S. 107.

[5]) Diese Gefahrenteilung Bechmanns III 1 S. 182 verstößt offen gegen das *omne* und *nullum*.

daß er nicht zu liefern berechtigt ist und den Anspruch auf das Kaufgeld einbüßt. — Die Einmütigkeit, mit der alle drei Juristen die Verschlechterungsgefahr des Verkäufers anerkennen, verbietet es schlechterdings, das fr. 16 II auf das tote Gleis eines nirgends überlieferten reinen Gattungskaufes abzuschieben und vermittels eines arg. e contr. für den „beschränkten Gattungskauf" das Gegenteil des Überlieferten zu lehren.[1]) Das Fragment ordnet sich vielmehr in das vom Kauf aus konkretem Vorrat sonst Bekannte reibungslos ein.

45. Das zweite Zeugnis ist C. 4, 48, 2 (a. 223):

Imp. Alexander A. Gargilio Iuliano.

I. (pr.) Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit.

II. (§ 1) Cum autem universum quod in horreis erat poss tea[2]) venisse sine mensura et claves emptoribus tradita adlegas, perfecta venditione quod vino mutato damnum accidit, ad emptorem pertinet.[3])

Das Reskript bildet ein merkwürdiges Gegenstück zu dem Responsum. In beiden handelt es sich um die Verschlechterungsgefahr beim Weinkauf, und beide Male wird der Verkauf des ganzen Vorrates (Pap. I = Alex. II) dem *certo pretio*-Verkauf[4]) einzelner amphorae aus diesem Vorrat (Pap. II = Alex. I) entgegengestellt.[5]) Das Reskript be-

---

[1]) So Haymann II S. 109.

[2]) postea] die besten Handschriften. positum] Krüger nach den Basiliken.

[3]) Der folgende § 2 enthält eine nichtssagende Verallgemeinerung, die einem Reskript vom Beginn des 3. Jahrhunderts schlecht angestanden hätte. Sachlich spiegelt er — trotz Haymann II S. 117 — klassisches Recht wieder.

[4]) Vgl. oben S. 195 N. 4.

[5]) Eine ähnliche Entgegenstellung vermutlich (vgl. unten Nr. 77 a. E.) in C. 4, 49, 12 (a. 294). Der erste Satz an sich (sicut periculum vini mutati, quod certum fuerat comparatum, ad emptorem, ita commodum aucti pretii pertinet) gibt trotz Haymann I S. 316 N. 2 a. E., II S. 118, 121 zu Beanstandungen kaum einen Anlaß.

handelt den letzteren Tatbestand nur im Rahmen einer belehrenden Einleitung (princ.), in der es dem anfragenden Käufer auseinandersetzt, unter welchen Voraussetzungen er einen ihm günstigen Bescheid bekäme. Der wirklich vorgetragene Fall (§ 1: cum autem . . . adlegas) lag so, daß den mehreren Käufern (emptoribus) der in einem Speicher lagernde Wein im ganzen verkauft und durch Aushändigung der Schlüssel übergeben war. Also ein gewöhnlicher Spezieskauf in Bausch und Bogen, der schon als emptio contracta perfekt[1]), mit der Tradition plus quam perfecta geworden war und der deshalb in Ansehung der nach Kaufabschluß eingetretenen Verschlechterung des Weines gar kein Problem enthielt. Wenn trotzdem der Ablativ *perfecta venditione* für die Gefahr des Käufers eine besondere Begründung zu geben sucht, so ist das, wie heute anerkannt wird[2]), auf einen Glossator zurückzuführen: auf denselben, der im principium die weniger falschen als ungeschickten Worte *imperfecta etiam tunc venditione* einfügen zu müssen glaubte, um den Gegensatz scharf zu unterstreichen.[3]) Auf dieses Principium, dessentwegen der Erlaß wohl überhaupt in die Sammlung gekommen ist, konzentriert sich auch heute noch das Interesse.

Der Sachverhalt läuft dem papinianischen parallel. Dem *corpore non demonstrato* entspricht das *antequam tradantur*, das an den konkreten Tatbestand der Tradition anknüpft und mit Hilfe des folgenden *qui moram mensurae faciendae non interposuit* zugleich implicite auf die zweiseitige Zumessung als maßgebenden Akt korrekt und eindeutig hinweist.[4]) Vor diesem Zeitpunkt trifft den (verzugsfreien) Käufer das *periculum vini mutati* nicht: also stimmt auch die Entscheidung mit Papinian überein,

---

[1]) Vgl. auch Mod. D. 18, 1, 62, 2: Res in aversione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit, etiamsi res adsignata non sit. Eine (vielleicht nachklassische: Haymann II S. 120f.) Regula aus klassischem Stoff.

[2]) Schulz S. 73f.; vgl. auch oben S. 154 N. 2.

[3]) Auch das andere Gegensatzpaar *singulae* — *sine mensura* ist verdächtig; vgl. teils Schulz a. a. O., teils unten S. 199 N. 3.

[4]) Näheres hierüber unten Nr. 78 a. E.

und es läuft alles glatt, wenn ein Kauf aus bestimmtem Vorrat vorausgesetzt wird.[1]) Das *singulae* (an Stelle des papinianischen *mille*) steht dem nicht entgegen und besagt nur, daß die Preisbestimmung ad mensuram erfolgt sei, was ja beim Gattungskauf ebenso gut möglich ist wie beim Spezieskauf[2]) (D. 18, 1, 35, 7 i. f.). Immerhin ist diese sachlich unwesentliche Komplikation innerhalb eines theoretisch gebildeten Tatbestandes (s. o.) auffällig, und so spricht manches dafür, daß das *singulae* eine ursprüngliche Kardinalzahl verdrängt hat, sei es um dem im § 1 nachgefügten *sine mensura* als Gegenstück zu dienen[3]), sei es um der Verallgemeinerung willen. Es kann ja überhaupt kein Zweifel darüber sein, daß das Reskript, um das abstraktere Aussehen einer allgemeinen Norm zu gewinnen, eine nachträgliche Stilisierung erfahren hat.[4]) Beweisend dafür ist der Wechsel *emptoris* — *emptoribus* — *emptorem*. Und auf den gleichen Grund wird innerhalb des Principiums der Übergang vom präsentischen in den perfektischen Stil zurückzuführen sein; ob auch ein ausdrücklicher Hinweis auf den konkreten Vorrat[5]), das läßt sich nicht ermitteln. Daß an einen reinen Genuskauf nicht gedacht sein kann, dafür spricht neben den zu Vat. fr. 16 entwickelten Gesichtspunkten der individuelle Fall (quod in horreis erat), der zu dem Bescheide des Kaisers den Anlaß gab.

46. Daß beim Kauf aus einem bestimmten Vorrat *omne periculum*, insbesondere auch der Untergang und innere Verderb des ganzen Vorrats der Perfektion entgegensteht und damit endgültig auf dem Verkäufer lasten bleibt: dieser Satz ist nach alledem so gut beglaubigt,

---

[1]) Denselben Tatbestand nehmen Vassalli, Stud. Sen. 26 S. 12 N. 2, Schulz S. 73 und Haymann II S. 117 an. Ganz unsicher Bechmann III, 1 S. 182 N. 2.

[2]) Einen solchen *ad mensuram* vermutet Vangerow, 7. Aufl., III § 635. Dann wäre die Entscheidung unverständlich.

[3]) Siehe oben S. 198 N. 3.

[4]) Übertrieben Haymann II S. 116ff.: „heillos entstellt, wenn auch noch klassische Reste erkennbar sind."

[5]) Dem Sinne nach etwa: cum convenit, ut ⟨ex universo quod in horreis esset⟩ ... (So zweifelnd Seckel.)

daß nur seine Erklärung, nicht seine Wegdeutung die Aufgabe sein darf. Ihn anzuerkennen haben wohl vornehmlich zwei Erwägungen gehindert: a. Wenn der Käufer des ganzen Vorrates sofort die Gefahr trage, so dürfe der Käufer einer aus dem Vorrat auszusondernden Teilmenge nicht schadlos ausgehen, falls der ganze Vorrat untergegangen oder schlecht geworden und die Aussonderung unverdorbener Teile deshalb undenkbar sei. b. Sogar in dem benachbarten Falle, in dem die Festsetzung des Kaufpreises noch von einer Zumessung abhänge, werde die Zumessung, also die Perfektion von einer Verschlechterung der Ware nicht berührt.

Allein gerade dieser letztere Fall (b) liegt, römisch gedacht, dem des Kaufes aus einem Vorrat nicht benachbart, sondern entgegengesetzt. Der Kauf ad mensuram zwecks Preisermittelung ist reiner Spezieskauf: weil die Kaufsache von vornherein eindeutig bestimmt ist, kann ihre nachträgliche Veränderung die Perfektion nicht vereiteln[1]), die ja, wenn überhaupt (so Sabinus), nur aus einem das Quantum, nicht das Quale der Kaufsache betreffenden Grunde bis zum *admetiri* hinausgeschoben ist. Beim Kauf aus einem Vorrat dagegen dient das *admetiri* der Individualisierung des Kaufobjektes selbst. Zwar ließ man unter dem Zwang der wirtschaftlichen Notwendigkeiten schon in frühgeschichtlicher Zeit (Cato) den Abschluß des Kaufvertrages bereits vor der Individualisierung zu, indem man die Einigung über den konkreten Vorrat, aus dem die zu liefernde Menge ausgesondert werden sollte, genügen ließ.[2]) Aber perfekt werden konnte ein solcher Kauf immer nur, wenn in einer dem Vertrage gemäßen Weise aus dem Vorrat die Spezies entwickelt war. Das heißt: die Spezies mußte dem konkreten Vorrat entstammen, über den man sich geeinigt hatte, und sie mußte die Eigenschaften an sich tragen, die zur Zeit des Vertragsschlusses die Eigenschaften

---

[1]) Erst recht gilt das natürlich von dem Eintritt der Bedingung: *si navis ex Asia venerit.* Deshalb muß der bedingte Spezieskauf beiseite bleiben, aus dem Bechmann III 1 S. 181f. argumentiert. Vgl. auch Windscheid-Kipp § 390 N. 9.

[2]) Vgl. unten Nr. 47.

des Vorrates gewesen waren.[1]) Entsprach die auszusondernde oder ausgesonderte Spezies dem einen oder anderen Erfordernis nicht, insofern sie aus einem anderen Vorrat entnommen oder der designierte Vorrat (im ganzen) schlecht geworden war, so war diese Spezies eine alia res, die der Käufer nicht zu bezahlen und nicht abzunehmen brauchte: der Kauf wurde nicht perfekt und konnte es auch nicht mehr werden.

Damit dürfte das zweite Bedenken (b) beseitigt sein. Das erste (a) hat auch den Römern zu schaffen gemacht. Das *constare videtur* des Gaius (D. 18, 1, 35, 7), das dort an die Stelle eines Kontroversenberichtes getretene *verissimum est*[2]) und die Tatsache, daß noch am Ende der klassischen Zeit Responsum und Reskript not taten, müssen doch wohl als Andeutungen verstanden werden, daß es an Stimmen nicht gefehlt hat, die die Vernichtung oder Verschlechterung des ganzen Vorrates dem aus dem Vorrat Kaufenden zur Last schreiben wollten. Und weit mehr als eine Andeutung ist es, wenn uns beim Wahlkauf der Satz entgegentritt: *unus enim utique periculo emptoris vixit* (Paul. D. 18, 1, 34, 6).[3]) Ob die Grenzlinie auch hier zwischen den beiden scholae lief, dafür fehlt es an einem Anhalt. Die bisher als die Lehren des Proculus erkannten Anschauungen reichen nicht hin, um auch diese Neuerung mit ihm in Zusammenhang zu bringen. Denn ein anderes ist es, eine an sich mögliche Zumessung auf den Kaufabschluß zurückzudatieren; ein anderes, die Zumessung trotz Zwiespaltes zwischen gekauftem und zuzumessendem Objekt für möglich zu erklären oder den Zwiespalt überhaupt zu leugnen. Das Ergebnis

---

[1]) Nicht etwa normale Eigenschaften. War der Wein etwa schon vor Vertragsschluß sauer geworden, so muß der Käufer ihn abnehmen, falls ihm nicht ein verabredeter oder gebräuchlicher (unten Nr. 49) Degustationsvorbehalt zur Seite steht. Mit der Besonderheit des Kaufs aus Vorrat hat dieser Vorbehalt ebensowenig etwas zu tun wie sonstige vertragliche Zusicherungen von Mängelfreiheit oder wie die Gewährschaft, die im Rahmen der ädilizischen Edikte zu leisten ist. Bei Beseler III S. 200 a. E. sind also die Worte „unverdorben" und „gut" durch „vertragsmäßig" zu ersetzen. Auf dem gleichen Irrtum beruht die Auslegung von Cato agric. 148, 3 bei Bechmann I S. 535 N. 1.

[2]) Siehe oben S. 190 N. 2. [3]) Dazu unten Nr. 55.

der historischen Entwicklung ist jedenfalls, daß jene Neuerung sich beim Kauf aus einem Vorrat nicht durchzusetzen vermocht hat. Vielleicht hat Papinian den letzten Widerspruch niedergeschlagen. Siegreich bleibt die Richtung, die das *perfici emptionem* und das *periculum emptoris* ablehnt, solange die vertragsmäßige individuelle Kaufsache nicht durch Aussonderung hergestellt und dem Käufer apparent geworden ist. Damit ist die überkommene Grundauffassung des römischen Kaufes gewahrt und das Bekenntnis zum Spezieskauf erneuert.

47. Von hier aus wird zugleich sichtbar, wie das römische Recht den Kauf aus einem Vorrat in seine Vorstellungen vom Kauf einzuordnen vermochte und doch niemals den Anreiz fühlte, von da aus den (reinen) Genuskauf zu entwickeln. Heute ist uns die Verwandtschaft beider Erscheinungen geläufig, weil der reine Gattungskauf, nach dem Verschwinden der Stipulation und der entsprechenden Erweiterung der Verkäuferpflichten möglich und unentbehrlich geworden, nunmehr praktisch und konstruktiv den Gegenpol zum Spezieskauf einnimmt und für den Kauf aus konkretem Vorrat daher lediglich eine Mittelstellung übrig bleibt, die dogmatisch nur durch eine Abwägung der von den beiden Polen herkommenden Elemente erfaßt werden kann.[1]) Die Bezeichnung des Kaufes aus einem Vorrat als eines beschränkten Gattungskaufes oder gemischt generischen Kaufes trägt dieser Sachlage Rechnung. Sachlage und Terminologie sind gleich unrömisch. Wo die Römer wie bei Legat oder Fideikommiß die reine Genusschuld kennen, gehen sie von den vertretbaren Sachen als Leistungsobjekt aus und unterscheiden dann, je nachdem *certum corpus*, *certa species* geschuldet ist (= beschränkte Gattungsschuld) oder nicht (= reine Gattungsschuld): vgl. Ulp. D. 30, 47, 1; eod. 34, 4—6; Maec. D. 35, 2, 30, 3—5[2]), Fragmente[3]), die auch in unserem Zusammenhang insofern

[1]) Überdie Art dieser Erfassung herrscht in der modernen deutschen Doktrin Streit: Planck-Siber, Kommentar zum BGB. § 243 Ziff. 2.

[2]) Die letztere Stelle ist trotz mancher Überarbeitung (Pringsheim, Beryt S. 231) insoweit durchaus beweiskräftig.

[3]) Vgl. dazu noch Licinn. Ruf. D. 5, 1, 38.

bedeutsam sind, als sie erkennen lassen, daß die Juristen eine Menge aus konkretem Vorrat (frumentum ex illo horreo, vinum ex illis doleis) als *certa species* erachten, einen entsprechenden Kauf also als Spezieskauf beurteilt haben würden. Beim Kauf aber begegnet jene Gegenüberstellung bezeichnenderweise nicht, sondern es bewendet bei dem Oberbegriff der Sachen, *quae pondere numero mensurave constant* (Gai. D. 18, 1, 35, 5 init. i. V. mit § 7). Die reine Genusschuld ließ sich eben, wie dargelegt[1]), im Typ der emptio venditio nicht unterbringen, weil ihr Gegenstand lediglich nach Gattungsmerkmalen d. h. Eigenschaften bestimmt ist, gekauft aber nur eine Sache werden konnte, die — in Wirklichkeit oder nach der Vorstellung der Vertragsparteien[2]) — als individueller Gegenstand eine konkrete Beziehung zum Verkäufer hatte.

Darum war für die Eingliederung des Kaufes aus Vorrat unverrückbarer Ausgangspunkt der Spezieskauf und, auf ihn bezüglich, der Satz: *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (Pomp. ad Sab. D. 18, 1, 8pr.). Die Entwicklung ging offenbar in der Richtung, daß man die Anforderungen an die *res quae veneat* herabsetzte[3]), insbesondere es genügen ließ, daß die gekaufte Sache, statt sofort greifbar vorhanden zu sein, erst vom Verkäufer aus dessen konkret bezeichnetem Material[4]) herzustellen war: sei es im Wege landwirtschaftlicher Produktion (fructus et partus futuri: Pomp. l. c.), sei es im Wege industrieller Erzeugung (Werklieferungsvertrag: Gai. III 147)[5]), sei es durch Aussonderung von Bestandteilen aus einer einstweilen noch einheitlichen Sache[6]), sei es endlich durch *admetiri adpendere adnumerare* aus einem konkreten Vorrat des Verkäufers. Fälle dieser Art wird die Jurisprudenz

[1]) Oben Nr. 5ff., Nr. 11 anf.

[2]) Letzteres natürlich erst allmählicher Fortschritt, erkennbar noch aus Ulp. D. 18, 1, 28.

[3]) Extrem: Pomp. D. eod. 8, 1.

[4]) Treffend hierzu Bechmann II S. 164ff., 337f.

[5]) Dazu Inst. 3, 24, 4, und Gai. D. 19, 2, 2, 1 sowie namentlich Pomp. D. 18, 1, 20 (Sabinus gegen Cassius); vgl. auch Javol. D. eod. 65.

[6]) Man denke etwa an den Verkauf eines Hauses auf Abbruch, einer Bronzetür aus einer Villa, eines Edelsteins aus einem Schmuck.

als zusammengehörig durchdacht haben[1]); der letzte von ihnen hebt sich von den beiden vorangehenden (nicht auch von dem erstgenannten) durch den unwesentlichen Umstand ab, daß die vom Verkäufer herauszustellende species kein Individuum, sondern eine Menge ist. — Je gebieterischer der Verkehr die Zulassung von Kaufgeschäften der erwähnten Arten gefördert hat und je frühzeitiger sie sich durchsetzte[2]), um so bemerkenswerter ist es, daß ihre Anerkennung den Juristen noch in klassischer Zeit offensichtlich Schwierigkeiten gemacht hat: Gai. III 147[3]) und Pomp. D. 18, 1, 8pr.[4]) Herr wurde man ihrer durch die Unterscheidung des *contrahi* und *perfici emptionem*. Das *contrahi* zu konzedieren war unabweislich, das *perfici* aber erachtete man erst mit dem Augenblick als gegeben, in dem die *res quae veneat* in vertragsmäßiger Beschaffenheit als Individuum oder individuelle Menge abholungsreif und sichtbarlich dem Käufer zur Verfügung stand.[5]) Überliefert ist das nur für den Kauf aus konkretem Vorrat, aber es ist kaum zu bezweifeln, daß kraft der Analogie der Sachlage die anderen vorhin bezeichneten Fälle, insbesondere der Kauf von *res futurae* und der Bearbeitungskauf[6]) ganz ähnlich behandelt worden sein werden: im Hinblick auf die Perfektion und folgeweise im Hinblick auf das Periculum.

VI. Weinkauf, insbesondere Degustationskauf.

48. Dem Weinkauf, der schon unter den bisherigen Quellenbeispielen eine hervorragende Rolle spielte, ist eine Gefahr eigentümlich, die des Sauer- und Kahnigwerdens, das *periculum acoris et mucoris* (Ulp. D. 18, 6, 4pr., § 1

---

[1]) Es „ist merkwürdig, daß Cato ... nur solche Kaufgeschäfte formuliert, die eine zukünftige oder doch wenigstens noch in irgend welcher Weise für den Austausch vorzubereitende Sache betreffen" (Bechmann I S. 530). Catos fünf Verkaufsfälle (agr. cult. 146—150) beziehen sich auf die Oliven am Baum, den Wein am Stock, den Wein im Faß, das Winterfutter auf der Wiese, den Ertrag einer Schafherde.

[2]) Siehe vorige Note. [3]) Siehe oben S. 203 N. 5.

[4]) Siehe oben S. 170 N. 8. [5]) Vgl. oben Nr. 23.

[6]) Nicht von ihm und noch weniger vom Werkvertrag, sondern von dem singulären Recht der pollicitatio spricht Ulp. D. 50, 12, 1, 6. Das tritt bei Haymann II S. 157 nicht hervor.

i. f.). Diese Gefahr, die nach den obigen Darlegungen vom Kaufabschluß an selbstverständlich der Käufer zu tragen hat, ist das einzige periculum emptoris, dessen Klassizität noch heute unbestritten ist. Indessen hat sich der behauptete Ausnahmecharakter des Falles nicht begründen lassen. Allerdings zieht bereits Servius (Ulp. 19, 2, 15, 2) in voller Schärfe den Gegensatz[1]) zwischen der *vis, cui resisti non potest*, und den *vitia*, die *ex ipsa re oriantur*, und schon er rechnet es zu den letzteren, *si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint*. Aber das geschieht bei der Pacht und macht es nur noch bemerkenswerter, daß in den so viel zahlreicheren Zeugnissen über die Gefahrtragung beim Kaufe nichts dergleichen begegnet.[2]) Der Versuch vollends, unter den Tatbeständen des natürlichen Verderbs die Weingefahr als einzigartige dadurch herauszuheben, daß die Belastung des Käufers mit ihr „auf alte Usancen beim Weinhandel" zurückgeführt wird[3]), hat sofortige Ablehnung erfahren[4]), weil gerade diese Usancen Ausnahmen zugunsten des Käufers bezwecken und also umgekehrt das periculum emptoris unzweideutig voraussetzen. Daß der Käufer das *periculum acoris et mucoris* trägt, ist nicht ein besonderes Problem, sondern die bloße Konsequenz des allgemeinen Rechtssatzes.

49. Wenn trotzdem eben diese Gefahr von den Klassikern einer selbständigen Behandlung gewürdigt worden ist, so beruht das größtenteils darauf, daß sie mehr als alle anderen Gefahren den Parteien unmittelbar bewußt werden mußte und sich deshalb frühzeitig[5]) ein Vorbehalt einbürgerte, um den Käufer von ihr zu befreien: der Vorbehalt der Weinprobe (Degustation), der ihn zum Rücktritt berechtigte, wenn sich der Wein bei der Probe als

---

[1]) Auf den Rabel und Haymann Gewicht legen (oben S. 194 N. 1).

[2]) Vgl. dazu oben S. 194 N. 1.

[3]) Haymann II S. 99. Anders II S. 71, wo die „wandelbare Natur" des „physischen Kaufobjektes" als Grund angeführt wird. Warum sollte denn für Sklaven, Tiere, leicht verderbliche Sachen nicht dasselbe gelten, was Haymann nur für den Wein einräumt?

[4]) Durch Rabel S. 550f.

[5]) Cato agr. cult. 148, 3: Quod neque aceat neque muceat, id dabitur.

umgeschlagen oder kahnig erwies.[1]) Der Vorbehalt, der für gewisse Weinarten[2]) so typisch wurde, daß er sich zur Verkehrssitte auswuchs, charakterisierte fortan das Recht des Weinkaufs und machte es so zu einem Sonderrecht mit eigenartigen Fragen. An sich drohte die Gefahr natürlich ebenso sehr, wenn aus dem Faß eine Quantität gekauft wurde, wie wenn der ganze Faßinhalt Gegenstand des Handels war. Aber der Vorbehalt war nicht in beiden Fällen gleich dringlich. Denn im ersteren war der Käufer gegen alle Verschlechterung, die sich seit Kaufabschluß zutrug, bis zur Zumessung ja ohnehin geschützt, und die Zumessung selbst, die, falls der Käufer sich nicht in Verzug befand, nicht ohne seine Mitwirkung vor sich ging[3]), diente zweifellos zugleich der Weinprobe. Der Vorbehalt hätte hier also nur die Funktion gehabt, den Käufer über den nachträglichen Verderb hinaus schlechterdings gegen das Verdorbensein zu sichern.[4]) Beim reinen Spezieskauf dagegen wäre ohne die Degustationsabrede oder -sitte die Gefahr sofort beim Käufer gewesen. Mit diesem Unterschied mag es zusammenhängen, daß von den auf den Degustationskauf bezüglichen Belegen[5]) nicht ein einziger sich mit irgendwelcher Wahrscheinlichkeit auf den Weinkauf aus einem Vorrat beziehen läßt[6]) und umgekehrt in den Zeugnissen für den letzteren nirgends von acor und mucor, wohl aber vom *vino mutato* die Rede ist[7]), das dann in besonders prägnantem Sinne von der Veränderung zwischen dem *venire* und dem *admetiri*, dem *contrahere* und dem

---

[1]) Paul. D. 18, 1, 34, 5; vgl. oben Nr. 24. Einen anderen Tatbestand bietet Pomp. D. 18, 6, 6. Hier rechnen die Parteien von vornherein damit, daß unter dem (in Fässern) gekauften Wein sich *vina acida et mucida* befinden. Diese sind vom Kauf ausgenommen, überhaupt nicht gekauft; für ein *improbare* des Käufers ist daher kein Platz. Nicht ganz richtig Bechmann II S. 405.

[2]) Siehe unten Nr. 51. [3]) Unten Nr. 78.

[4]) Vgl. oben S. 201 N. 1.

[5]) Cato agr. 148; Gai. D. 18, 6, 16; Paul. D. 18, 1, 34, 5; Ulp. D. 18, 6, 1 pr.; 4 pr., § 1. Zu D. eod. 1, 1 siehe unten Nr. 52 a. E.

[6]) Vgl. auch L. Goldschmidt, Z. f. Handelsr. 1 S. 108. — Deshalb wird hier auf das Zumessen nicht abgestellt (dies zu Haymann II S. 109 f.).

[7]) So in Pap. fr. Vat. 16 und C. 4, 48, 2 pr., § 1.

perficere emptionem zu verstehen sein wird. Wo *admetiri* und *degustare* sich auf demselben Raume finden (Cato agr. 148, 3. 4. 6; Paul. D. 18, 1, 34, 5), hat das *admetiri* lediglich die Preisermittelung innerhalb eines reinen Spezieskaufes zum Zweck.[1])

50. Die Quellen des Degustationskaufes sind, wie heute feststeht[2]), stark überarbeitet gerade da, wo sie am redseligsten sind. Volle Sicherheit ist daher für die Einzelheiten der unzweifelhaft präzisen klassischen Dogmatik nicht zu erzielen. Immerhin dürfte der folgende Versuch, die Hauptstelle zu rekonstruieren, nicht ohne Anhaltspunkte sein.

Ulp. 28 ad Sab. (Nr. 2717) D. 18, 6, 1 pr. — § 2.

I. (pr.) Si vinum ⟨amphorarium⟩[3]) venditum[4]) acuerit [vel quid aliud vitii sustinuerit][5]), emptoris erit damnum, [6])quemadmodum si vinum esset effusum [vel] vasis contusis [vel qua alia ex causa].

---

1) Dazu oben Nr. 25.

2) Vgl. schon Bechmann II S. 537 N. 1 (vgl. III 1 S. 149); namentlich Lusignani II S. 56ff.; Schulz S. 75ff., Haymann II S. 110ff.

3) Levy. — *Amphorarius* in D. 33, 6, 16, 2. Näheres hernach.

4) Mangels abweichenden Zusatzes ist gewöhnlicher Spezieskauf vorausgesetzt: so auch Lusignani S. 60, Schulz S. 76.

5) Verallgemeinerndes Glossem; der Klassiker hätte doch wohl den *mucor* erwähnt; vgl. auch Haymann II S. 111, zweifelnd Rabel S. 560 N. 1.

6) Den folgenden Rest von I tilgen Schulz S. 76f., P. Krüger z. d. St., Haymann II S. 111 N. 4, Rabel S. 557 N. 3. Im Hinblick auf die Verallgemeinerung am Schluß sicher mit Recht. Im übrigen besteht gegen den Passus nur das eine Bedenken, ob die in den Bereich der *culpa*- und *custodia*-Haftung des Verkäufers fallenden Schädigungen hinreichend deutlich dadurch ausgeschlossen wurden, daß in dem ganzen Zusammenhang nur von höherer Gewalt die Rede war. Sonst läuft alles glatt. Der *effusum*-Fall wird, wie der Irrealis nach *quemadmodum si* klarstellt, nicht als „Beispiel", sondern als ein Vergleichsfall gebracht, der weiterhin selbstverständlich außer Betracht bleibt und auch sachlich nicht unrichtig ist (oben S. 194 N. 1). Verdorbener und ausgeflossener Wein werden auch sonst gern zusammengestellt: Gai. D. 13, 6, 18, 3; Ulp. D. 9, 2, 27, 15 (quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur: a. leg. Aq.). Auch die Erwähnung der *vasa* ist vielleicht Echtheitsindiz (siehe gleich im Text).

II. 1. Sed si venditor se periculo[1]) subiecit, in id tempus periculum[1]) sustinebit, quoad se subiecit:

2. quod si non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum[2]) [videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum].[3])

1* [aut igitur convenit, quod periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit;

2* aut non convenit, et usque ad degustationem sustinebit.][4])

3 a. Sed si nondum sunt degustata, 〈. . . . .〉[5]) signata tamen ab emptore vasa vel dolia, consequenter dicemus adhuc periculum esse venditoris [nisi si aliud convenit][6]),

b. (§ 1) sed et custodiam [ad diem mensurae venditor][7]) praestare debet. [priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit.[8]) post mensuram factam venditoris desinit esse periculum[7]): et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel etiam singula dolia][9]).

c. (§ 2) 〈Sane〉[7]) si dolium signatum sit ab emptore,

---

[1]) Nämlich *acoris*. Nur dessen Verteilung und Dauer steht zur Erörterung. Deshalb kann von hier aus nichts entnommen werden für die weitere Frage, ob die Übernahme der einen Gefahr auch die Tragung anderer Gefahren zur Folge habe.

[2]) Daß dieser Satz den jetzt nach D. eod. 4, 1 i. f. geratenen Urtext (si dies ... *fin.*) verdrängt haben sollte (Schulz S. 78f.), ist sehr unwahrscheinlich. Eher ist möglich, daß die nach fr. 4 § 1 in der Tat nicht passenden Worte aus dem Stück herausgeschnitten sind, das einst dem fr. 1 pr. vorausging. Vgl. unten bei S. 210 N. 2.

[3]) Seit Eisele, SZ. 11 S. 19f. allgemein beanstandet. Das *plenissime venire* erinnert an die Verwechselung von *venditionem contrahere* und *perficere*, die hernach auch in II 3b anklingt. Vgl. dazu oben S. 154 N. 1.

[4]) Seit Eisele, SZ. 10 S. 309 anerkannt unecht. Resümierende Randglosse (Haymann). Indiz für das höhere Alter von II 1 und 2 init.

[5]) Siehe dazu unten Nr. 52.

[6]) Anerkannt. Das Vorangehende ist aber gewiß kein „Zusatz" (so Schulz S. 80).

[7]) Levy.

[8]) Siehe oben N. 3 und oben S. 164 N. 3 a. E.

[9]) Zum § 1: Unechtheit des vierten Satzes seit Seckel-Heumann S. 118 Sp. 1, des zweiten Satzes seit Schulz S. 81 anerkannt. Den ganzen

Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne summutetur, signari solere quam ut traditum videatur.

51. Die hypothetische Einfügung von *amphorarium* oder einem ähnlichen Ausdruck[1]), dessen Tilgung den nivellierenden Kompilatoren ohne weiteres zugemutet werden darf, trägt dem folgenden *vasis*[2]) und überhaupt einer rechtstatsächlichen Unterscheidung Rechnung, die die Römer allenthalben zwischen dem aus dem Faß getrunkenen jungen oder geringen *vinum doliare* und dem auf Amphoren gefüllten älteren Weine machen.[3]) Diese Unterscheidung kann beim Weinkauf nicht unberücksichtigt geblieben sein[4]), denn die erstere Sorte war dem acor und mucor in besonders hohem Maße ausgesetzt; nur bei ihr wird daher die Degustation zu einer der Abrede nicht mehr bedürftigen Verkehrssitte geworden sein.[5]) Zwei von den drei die Usance belegenden Stellen: Cato 148, 3[6]) und Gai. D. eod. 16 handeln denn auch ausdrücklich nur vom Verkauf des vinum in doliis (vina quae in doliis erunt), und das Gleiche wird von Ulpians Äußerung (D. eod. 4, 1) *difficile est, ut quisquam* ⟨*doliare vinum?*⟩ *sic emat, ut ne degustet*[7]) ohne weiteres voraussetzen dürfen. Umgekehrt hat der usance-

---

§ 1 tilgt Haymann II S. 112. Anders noch Lusignani S. 67 ff. — Siehe ferner unten S. 212 N. 2.

[1]) z. B. *vasarium*; vgl. *mensa vasaria* bei Varro l. l. 5, 125.

[2]) Siehe auch Proc. D. 33, 6, 15: dolia in vasis vinariis non sunt.

[3]) Vgl. Goldschmidt (ob. S. 206 N. 6) S. 90 ff. und namentlich Marquardt-Mau, Privatleben d. Römer I (1886) S. 461 ff.

[4]) Vgl. auch Proc. D. 33, 6, 15 i. f.

[5]) So dürfte sich der Streit über das Bestehen der Usance (Goldschmidt, Bechmann, Rabel [oben S. 160 N. 1] — Fitting, Schulz S. 77) lösen. Vgl. auch Goldschmidt selbst a. a. O. S. 108 N. 67; Karlowa II S. 628. Nicht dagegen spricht der Degustationsanspruch des Legatars von *centum amphorae quas velles* (Pomp. D. 33, 6, 2, 1). Aber daß überhaupt ohne Anhalt im Testament eine actio ad exhibendum auf Degustation (vgl. Beseler I S. 42; s. auch D. 33, 5, 3) gewährt wird, ist ohne eine entsprechende Usance im Weinhandel kaum denkbar.

[6]) Zu Catos Zeit erklärlicherweise noch ausdrücklicher, aber doch schon regelmäßiger Vertragsbestandteil (148, 1).

[7]) Vielleicht verpflanzt (vgl. oben S. 208 N. 2), aber nicht unklassisch (anders Schulz S. 84).

feindliche Inhalt unseres fr. 1 pr. für den Handel mit Kannenwein seine gute Berechtigung. Und noch eine weitere Schwierigkeit vermag das ⟨amphorarium⟩ aus dem Wege zu räumen. Wie kann Ulpian im Falle II 2 darauf kommen, den Gefahrübergang an die Degustation zu knüpfen, wenn eine solche weder verabredet noch im Vorangehenden überhaupt erwähnt worden war? Die oft aufgeworfene Frage[1]) fände eine Antwort, wenn man annehmen dürfte, daß die Byzantiner vor dem fr. 1 eine Erörterung gestrichen hätten, die sich ex professo mit dem Degustationskauf des *vinum doliare* beschäftigte, wie sie im Zuge des Sabinuskommentars schlechterdings nicht gefehlt haben kann.[2]) War der *dies degustando praefinitus* beim Faßweinkauf der allgemein gefahrüberwälzende Stichtag, so lag es für den Juristen gewiß nahe, auf diesen Tag zurückzugreifen[3]), wo es zur Ergänzung der lückenhaften Gefahrübernahmeklausel beim Amphorenkauf der Bestimmung eines Termins bedurfte.

Folgt man dieser Hypothese, so stellt sich ein geschlossener Gedankengang dar. Beim Faßweinkauf trägt auch ohne besondere Abrede der Verkäufer die Gefahr des acor bis zur Degustation. Beim Kannenweinkauf dagegen (I) trägt sie nach allgemeiner Regel sofort der Käufer, nicht anders als wenn der Wein infolge eines (nicht in den custodia-Bereich fallenden[4])) Gefäßbruches ausgelaufen, also untergegangen wäre. Doch kann sich der Verkäufer der Gefahr des acor besonders unterwerfen (II): tut er

[1]) Lit. bei Schulz S. 77f., der selbst die Lösung darin findet, daß in II 1 *periculo* statt *degustationi* verfälscht sei. (Zustimmend P. Krüger z. d. St., anders Haymann II S. 112 N. 1.) Indessen ist schwer zu verstehen, warum die Byzantiner die Degustation das eine Mal (II 1) gestrichen und sonst überall II 2, II 2* usw.) geduldet haben sollen. Auch ist die Frage nach der Übernahme des *periculum acoris* durchaus sinnvoll und sogar gehaltreicher als die des ausdrücklichen Probevorbehalts.

[2]) Vgl. oben S. 208 N. 2.

[3]) Auf die Tradition kam er erst hernach (II 3) zu sprechen. Deshalb ist in II 2 nicht zu lesen: *degustetur ⟨vel tradatur⟩*, woran Seckel zweifelnd dachte.

[4]) Vgl. oben S. 207 N. 6.

das mit Bestimmung einer Gewährfrist, so besteht kein Problem; fehlt die Fristbestimmung, so wird wegen der Ähnlichkeit der Rechtslage mit der beim Faßweinkauf gewohnten[1]) eine Degustation als gewollt angesehen, und so mündet in diesem Falle (II 2) auch der Amphorenkauf in das Gleis des Degustationskaufes ein. Deshalb wird es möglich, in den nächsten Sätzen (II 3) beide Gattungen des Weinkaufes *(vasa vel dolia)* gemeinsam zu behandeln.

52. Der am schlimmsten entstellte Abschnitt II 3 erörterte ohne Zweifel, ob andere Akte in ihrer Wirkung der Degustation gleichzustellen seien. Vor allem: die Tradition. An ihr kann Ulpian hier nicht vorübergegangen sein[2]); er ist es auch nicht: das beweist II 3 c in Verbindung mit der durch das *consequenter dicemus* offenbarten Lücke. Was er darüber gesagt hat, wird sich schwerlich viel von dem Satze des Gaius (D. eod. 16) unterschieden haben: *emptoris erit periculum, quia sive non degustavit sive degustando male probavit, de se queri debet.* Wer sich den Wein übergeben läßt, ohne ihn zu degustieren, kann die Degustation mit dem Recht zum *improbare* nicht mehr nachholen: es liegt an ihm, wenn er vor der nachprüfbaren (apparenten) Qualität die Augen verschließt. Waren die Kannen oder Fässer aber nicht tradiert, sondern nur signiert, so sei es — fährt Ulpian fort — folgerecht *(consequenter)*, daß die Gefahr beim Verkäufer verbleibe, wie er ja auch (im Gegensatz zum Traditionsfall) die custodia nach wie vor zu prästieren habe. Allerdings habe Trebatius beim (Degustationskauf von) Faßwein die Signierung der Tradierung gleichgesetzt, Labeo aber sei dem mit Recht entgegengetreten, weil diese Signierung[3]) nur eine Verwechselung der in

---

[1]) Durch diese Begründung unterscheidet sich der Text von der Anschauung Fittings, Z. f. Handelsr. 2 S. 217f., gegen die Schulz S. 77f. polemisiert.

[2]) So wenig wie Gaius D. eod. 16, der mit den Worten *antequam ab emptore tollerentur* gleichfalls die nach der Verschlechterung des Weines geschehene Tradition voraussetzt. Daraus ergibt sich mit nichten, „daß es dem Klassiker grundsätzlich für den Gefahrübergang auf den Besitzübergang ankommt“ (Haymann II S. 109).

[3]) Im Gegensatz zu der die Tradition ersetzenden Signierung von *trabes* usw.: vgl. L. Goldschmidt, Festg. für Gneist S. 77 N. 43.

specie gekauften Fässer verhüten solle, also nicht wie die Tradition die letzte Gelegenheit zur Degustation biete. — Das ist in sich wiederum durchaus schlüssig, und schon darum muß fast der ganze § 1 (II 3b) ein Fremdkörper sein.[1]) Daß die Worte *ad diem mensurae* einen wahren Rattenschwanz von Paraphrasen heraufbeschworen haben, ist heute nicht mehr beweisbedürftig.[2]) Aber auch die Worte selbst stammen aus einer anderen Sphäre. Denn sie setzen einen durch *admetiri* zu erfüllenden Kauf voraus[3]), den Ulpian im gesamten Verlauf der Darstellung (fr. 1 und 4) überhaupt nicht berührt. Auch sprechen sie undeutlich von dem Tage der Messung statt von dem für die Zumessung bestimmten Tage. *Ante admetiendi diem* sagt Gai. D. eod. 2, 1 init. korrekt[4]): an eine Äußerung wie diese wird der mißverstehende Glossator gedacht haben.

53. Der sicherste Satz des ganzen Degustationskaufes ist: *gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat* (Paul. D. 18, 1, 34, 5) — nicht nach freiem Belieben des Käufers, wohl aber dann, wenn die Probe *viri boni arbitratu* (Cato 148, 4) ungünstig ausfällt. Da der Käufer sich das Recht zum *improbare* verscherzt, wenn er den Wein *tollit*, ohne zu proben (Gai. D. 18, 6, 16), so ist der Wein vor der degustatio nicht abholungsreif, deren Ausstehen also ein Perfektionshindernis. Und so ergibt sich nicht bloß aus „prak-

---

[1]) Vgl. auch Lusignani S. 65ff.; Haymann II S. 112.

[2]) Siehe oben S. 208 N. 9. — Am meisten toleriert wurde bisher das Stück *post mensuram factam venditoris desinit esse periculum*. Aber eine so platte Wiederholung steht dem Glossator besser zu Gesicht als dem Klassiker. Das einzig Neue, das sie gegenüber dem Anfangssatz von II 3b bringt, ist die Ersetzung von *custodia* durch *periculum*; gerade diese Gleichsetzung aber ist dem Ulpian fremd: siehe unten S. 250 N. 2.

[3]) Also entweder einen Kauf mit Preisbestimmung *ad mensuram* oder einen Kauf aus konkretem Vorrat. Schulz S. 81 N. 116a glaubt nur den letzteren durch das *mensurae* gedeckt. Dieses „Genuskaufes" wegen möchte er umgekehrt eine Lücke vor dem § 1 annehmen, in der Ulpian zum (beschränkten) Genuskauf übergegangen wäre: eine Hypothese, die auf Seckel Eindruck machte. Aber das dürftige und mehrdeutige *ad diem mensurae* ist für sie m. E. eine zu schwache Basis.

[4]) S. ob. S. 192 N. 4. — Vgl. auch das *avehendi tempus* in Ulp. D. eod. 4, 2 (unten S. 254 N. 2).

tischen Erwägungen"[1]), sondern aus innerer Notwendigkeit, daß ein Umstand, der wie die Vernichtung des Weines die Degustation unmöglich macht, den Verkäufer trifft.[2]) Doch war es den Parteien natürlich unbenommen, die Gefahr des Verkäufers ausdrücklich auf den acor et mucor zu beschränken und sie derart zu befristen, daß sie mit der Degustation oder auf andere Weise ihr Ende fand. Einer prinzipiellen Regelung bedurften solche Fälle nicht.

Die Degustation als den gefahrüberwälzenden Umstand zu beschleunigen lag — ebenso wie beim *admetiri* — im Interesse des Verkäufers, sie hinauszuschieben in dem des Käufers. Diesem kam deshalb eine Festlegung des Probetermins zugute (dies enim degustationi praestitutus meliorem condicionem emptoris facit: Ulp. D. 18, 6, 4, l.i.f.), weil er vor dem Termin zwar proben konnte, aber nicht mußte. Der Verkäufer umgekehrt legte Wert darauf, die Frist möglichst kurz zu bestimmen (*in triduo proximo* rät ihm Cato 148, 4) oder gar keine Frist zu verabreden. Dann konnte er den Gegner alsbald zur Probe auffordern und in Verzug setzen mit der Folge, daß — ebenso wie beim Versäumen eines vereinbarten Termins — *vinum pro degustato erit* (Cato l. c.; vgl. Gai. D. eod. 16).[3]) Vereitelt umgekehrt der Verkäufer die fristgerechte Degustation, so verzögert sich die Perfektion, weil der Wein solange nicht lieferungsreif ist. Catos Satz *quot dies per dominum mora fuerit, quo minus vinum degustet, totidem dies emptori procedent* weicht nicht wesentlich von dem Endergebnis der klassischen Jurisprudenz ab, wie es sich nach mancherlei Meinungskämpfen gebildet zu haben scheint: soviel ist aus dem paraphrasierten Ulp. D. eod. 4pr. noch zu ersehen.[4])

---

[1]) So Bechmann II S. 542. [2]) Siehe schon oben Nr. 24.

[3]) Siehe auch unten Nr. 78.

[4]) Die Textkritik von Schulz S. 82 dürfte größtenteils zutreffen. Zu radikal Haymann II S. 109 N. 3. — Vgl. auch unten Nr. 79 a. E.

VII. Wahlkauf (D. 18, 1, 34, 6).

54. In einem der spärlichen Fragmente, die uns vom alternativen Kauf erhalten sind[1]), spricht Paulus unter dem Ediktstitel empti venditi über den Sachuntergang.

Paul. 33 ad ed. (Nr. 506) D. 18, 1, 34, 6:

I. Si emptio ita facta fuerit: „est mihi emptus Stichus aut Pamphilus“, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus.

II. Sed uno mortuo qui superest dandus est: et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit.

III. Sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur: unus enim utique periculo emptoris vixit.

IV. Idem dicendum est etiam, si emptoris fuit arbitrium quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut quem voluisset emptum haberet, non et illud, an emptum haberet.

Stück I bringt den klaren Tatbestand und die erste Entscheidung: die Wahlbefugnis gebührt im Zweifel dem Verkäufer. Der begründende Hinweis auf die Stipulation ist unnötig und stark elliptisch[2]); er stammt gewiß von einem Glossator[3]), vermutlich demselben, der den Paulustext ein wenig weiter mit den gleichen Zierraten versehen hat (Nr. 513 D. 18, 6, 8pr. III 1a, IV 4).[4]) Die *potestas venditoris* ist dem Juristen das Sprungbrett zum Thema. Sie reicht, wie Stück II sofort knapp formuliert, nicht so weit, daß bei Untergang der Sache a der Verkäufer noch immer a, d. h. Null wählen und dafür den Preis beanspruchen könnte; wäre dem so, so würde — in der Terminologie des Kaufrechts ausgedrückt — der Käufer die Gefahr für a tragen. Der Verkäufer hat vielmehr die übriggebliebene Sache b zu leisten: er verliert also a ohne Entgelt = er trägt deren periculum. Gleichzeitig aber hat sich die alternative Kaufschuld in eine einfache verwandelt, für deren nunmehr alleiniges Objekt (b) die allgemeine Ge-

[1]) Vgl. Pescatore, Wahlschuldverhältnisse (1905) S. 48 N. 3.
[2]) Man muß hinzudenken: *electionem habet debitor.*
[3]) Vgl. auch Haymann II S. 134. [4]) Oben Nr. 27 und 32.

fahrenregel d. h. das periculum emptoris gilt. Und so ergibt sich in der Tat die „sehr hübsche"[1]) Charakterisierung, daß für a der Verkäufer, für b der Käufer die Gefahr[2]) zu tragen hat.

Dieser ansprechende Gedankengang, der sich angesichts des *uno mortuo* ungerufen einstellt und, wenn er nicht dastände, im Laufe der Jahrhunderte unfehlbar aus dem *sed . . . . dandus est* entwickelt worden wäre, braucht nicht dem „genialen Praktiker" abgesprochen und einem namenlosen „doktrinären Schulmeister" zuerkannt zu werden.[3]) Er konnte niemandem näher liegen als demjenigen Klassiker, der in demselben Kommentarbuch die grundsätzlichste Periculumlehre darstellt, die wir kennen, und der ja soeben noch (§ 5)[4]) nachweislich im Bannkreis des Periculum stand. Es ist auch dasselbe *periculum respicit ad*, das er in dem Fundamentalsatz (D. 18, 6, 8pr. I) verwendet, und dasselbe *prior* — *posterior* (der erstere — der letztere)[5]), das in D. eod. 8, 2 wiederkehrt. Formal verdächtig ist hier schlechterdings nichts, es sei denn das vielberufene *et ideo*. Zugegeben daß es vielerorten unecht ist[6]), so bleibt doch durchaus offen die sachliche Frage, wann es eine nachklassische Erwägung einleitet und wann es nur dazu dient, eine zwischen klassischen Stücken gerissene Lücke zu überbrücken. Liegen die Dinge in fr. 34 so wie eben geschildert, so ist die Frage im letzteren Sinne beantwortet — und das um so sicherer, als bei Wegfall des

---

1) Schulz, Einf. in das Studium der Dig. S. 100.

2) Die „Gefahr" beidemale in dem technischen und eindeutigen Sinne, daß bei Untergang von a der Verkäufer, von b der Käufer weder Sache noch Geld hat. Dies zu Bechmann III 1 S. 120 N. 1, Haymann II S. 135f.

3) So Haymann a. a. O., dem Rabel S. 546, P. Krüger z. d. St., Beseler, SZ. 45 S. 466 insoweit folgen.

4) Dazu oben Nr. 25.

5) Diese Bedeutung des Gegensatzes ist eine ganz gewohnte. Cicero z. B. sagt academ. II 44: *priori posterius, posteriori superius non iungitur* und stellt anderswo (vgl. Georges, Merguet) oratores, artes, partes ebenso gegeneinander. In den Digesten vgl. abgesehen von Paulus z. B. Jul. D. 18, 4, 19, Ulp. D. 46, 3, 58pr. Das zu Haymann S. 135.

6) Mehr ist auch aus Beseler, SZ. 45 S. 456ff. nicht zu entnehmen.

respicit-Satzes das *pretium debebitur* in III als ein seltsamer Gedankensprung anmuten müßte.

Was in der Lücke gestanden haben mag, läßt sich nicht erweisen, aber vermuten. Die Römer haben die Eigenart der alternativen Obligationen für die Geschäfte unter Lebenden fast ausschließlich bei der Stipulation entwickelt.[1]) Hier aber bestand hinsichtlich der Wirkung des zufälligen Unterganges der Sache a keine einhellige Meinung. Sabinus hielt unter dem Beifall des Javolenus den nicht in mora befindlichen wahlberechtigten Promittenten wie bei einer einfachen Obligation für *continuo* befreit (Jav. D. 45, 1, 105 i. f.)[2]), Scaevola (D. 13, 4, 2, 3 init.) und Papinian (D. 46, 3, 95, 1 init.) erachteten ihn — unter der Einwirkung der prokulianischen Schule ? — als verpflichtet, b zu leisten, *ne sit in arbitrio eius, an debeat.* Dieser Streit wird beim Alternativkauf wieder aufgelebt sein, das einheitliche Ergebnis *qui superest dandus est* aber wohl nicht angetastet haben. Proculus (?) gelangte zu ihm schon unmittelbar von der Analogie der Stipulation aus, und Sabinus wird die Analogie abgelehnt haben, weil das periculum des Sachgläubigers für a — so fr. 105 cit. — beim Kauf bis zum Eintritt der Perfektion ausgeschlossen sei, die Perfektion aber erst durch die Leistung des einen Gegenstandes (oder was ihr gleichsteht)[3]) herbeigeführt werde: erst dann *quod venierit apparet quid sit.* Wenn Tribonian solche *varietates* „amputiert" und durch *et ideo* überdeckt hätte, um nur das gemeinsame Schlußergebnis zu konservieren, so hätte er sich durchaus im Rahmen der ihm gestellten Aufgabe gehalten.

55. Schuldissense stehen sehr wahrscheinlich auch im Hintergrund des untadeligen und schon für sich allein das allgemeine peric. emptoris bestätigenden Stückes III, dessen Begründung einen über den Fall hinausreichenden bedeutsamen Grundsatz zur Geltung bringt.[4]) Vor der

---

[1]) Vgl. Pescatore S. 48.

[2]) Nur davon handelt der Schlußsatz (siehe auch Pescatore S. 83f.), nicht vom Gläubigerverzuge (so Haymann S. 145f.).

[3]) Siehe etwa Rabel, Grundz. S. 474.

[4]) Gegen Haymanns (S. 136ff.) Beanstandungen treffend Rabel S. 546, der für *periculo . . . vixit* auf desselben Paulus fr. Vat. 114 verweist.

Leistung des Verkäufers war weder a noch b abholungsreif, der Kauf also imperfekt, und so muß es eine Richtung gegeben haben, die die Gefahr für a und b dem Verkäufer auferlegte, wenn beide *pariter decesserunt*.[1]) Aber die triftige Gegenerwägung, daß es an einem inneren Grunde dafür fehle, den Käufer, der bei jeder anderen Gestaltung des Falles die Gefahr für das eine Objekt trage, in diesem Ausnahmefalle zu entlasten, konnte nicht ausbleiben: schon vor der Perfektion *(utique) unus periculo emptoris vixit.* Ganz dasselbe Gegeneinander haben wir oben[2]) beim Kauf aus einem Vorrat aus innerer Konsequenz und überlieferten Anhaltspunkten selbständig erschließen können, und so ist es kaum denkbar, daß nicht auch beim Wahlkauf die beiden Fronten bestanden haben sollten. Das Schweigen der einzigen wenigen Worte von III bildet gewiß keinen Gegengrund. Was auffällt, ist nur die Tatsache, daß beim Kauf aus Vorrat die prinzipientreue Lehre cassianischer Observanz, beim Wahlkauf dagegen die andere Lehre sich schließlich durchgesetzt hat[3]) und insbesondere von Paulus (D. 18, 6, 5 II ∾ D. 18, 1, 34, 6) vertreten wird. Indessen liegen die beiden Fälle bei aller Ähnlichkeit doch nicht gleich[4]), und gerade mit dieser Ungleichheit, der mangelnden Vorstellung von dem aus dem Vorrat zu sondernden individuellen Stück oder Quantum hängt es wohl zusammen, daß sich beim Kauf aus Vorrat keine Spezialregel entwickelte, die wie das *prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit* durch Billigkeit und Einfachheit gleichermaßen werbende Kraft erhielt. Diese Spezialregel war freilich im Grunde gar nichts anderes als die auf den Wahlkauf zugeschnittene Formulierung des Fundamentalsatzes *perfecta emptione periculum ad emptorem respicit*, und nur an dem minimalen Schnittpunkte des *pariter decedere* geriet sie mit ihm in Widerstreit. Ent-

---

[1]) Unhaltbar Bechmann II S. 329 N. 2, S. 403.

[2]) Nr. 46 Abs. 3.

[3]) Auch sonst hat ja des Sabinus Periculumlehre bei der Wahlobligation kein Glück gehabt: oben Nr. 54 a. E.

[4]) Vgl. Rabel S. 546 N. 4. — Siehe im allgemeinen noch Vassalli, Misc. critic. III (1917) S. 6ff.

scheidet sich nun an diesem Punkte Paulus für die Fortentwicklung der Spezialregel *(pretium debebitur)*, so hatte das viel geringere Konsequenzen, als wenn er sein Perfektionsprinzip bei Schädigung oder Untergang eines Vorrats, aus dem gekauft ist, allenthalben durchlöchert hätte. Das ist freilich nur Hypothese, aber solcher Eklektizismus nach Befriedung des Schulenstreites steht nicht vereinzelt da. Nicht Hypothese, sondern Überlieferung sind die durch fr. 34 § 6 unauffällig aufgezeigten feinen Probleme, die ohne den Grundsatz vom periculum emptoris allen Halt verlören.

56. Beide Lösungen (II und III) erklärt Stück IV auch dann für die richtigen, wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer zu wählen hat.[1]) Hier mag man gezweifelt haben, ob nicht gerade wegen der dem Käufer offenstehenden Initiative die Sache sofort wählbar und holbar und also die *emptio* sofort *perfecta* sei. Aber die Verneinung liegt zutage. Dem Käufer schon *prioris periculum* aufzuerlegen: das würde die Versagung der ihm vertraglich zustehenden Wahl bedeuten. Vor allem aber ist die einfache Wahl bis zu Leistung oder Streitbefestigung ja überhaupt ohne Wirkung und also gegen den Willen des Verkäufers gar nicht sofort vollziehbar. Bis zu diesen Akten gibt es somit keine Perfektion, gleichviel ob die Wahl beim Verkäufer oder beim Käufer steht.

VIII. Kauf mit dies pretii solvendi (Vat. fr. 16).

57. Die Verabredung eines Termins zur Vollziehung des Kaufes ist in verschiedenem Sinne möglich. Er kann vom Verkäufer ausbedungen sein, der die Sache etwa noch einige Zeit selbst gebrauchen will oder sie erst ausbessern oder sich beschaffen muß. Dann ist der Verkäufer zu früherer Leistung nicht verpflichtet, der Käufer zu früherer Abholung nicht berechtigt, und es steht damit auch ohne Quellenzeugnisse fest, daß bis zum Eintritt des Termins die Gefahr auf dem Verkäufer lastet.

Andererseits kann der *dies* zugunsten des Käufers

[1]) Das Ende von *si modo* ab kann hier außer Betracht bleiben.

eingefügt sein, der vorher noch nicht zahlen kann oder will. Dann ist die Gefahrenregelung für die Zeit *ante diem pretii solvendi* nicht jedem Zweifel entrückt. Man mochte den Ton darauf legen, daß der Käufer zu vorzeitiger Zahlung und damit zu vorzeitiger Abholung nicht verpflichtet, aber doch berechtigt und also der Kauf nicht weniger vollziehbar sei, als wenn er ohne den *dies* abgeschlossen worden wäre. Es ließ sich aber auch umgekehrt erwägen, daß dem Käufer solange, als er zur Abholung unter Zahlungsangebot nicht angehalten werden könne, die Abholung *ex fide bona* eben nicht zuzumuten sei und der Termin deshalb ein Perfektionshindernis bilde. Der erstere Gedankenweg hätte zum periculum emptoris, der letztere zum periculum venditoris führen müssen. Ob in Rom beide Wege jemals beschritten worden sind, ist nicht erweisbar, aber doch wohl anzunehmen. Javolen. D. 18, 6, 17 deutet auf den ersteren Weg[1]), Papinian schlägt mit Sicherheit den letzteren ein, indem er in Vat. fr. 16 I die Zeiträume *ante diem pretii solvendi*[2]) und *ante condicionem emptionis impletam* gleichmäßig als vor der Perfektion liegend voraussetzt.[3])

IX. Kauf einer von fremdem Besitz zu befreienden Sache (D. 19, 2, 33).

58. Unter den wenigen Fragmenten, die unmittelbar gegen den Satz vom periculum emptoris herangezogen werden, nimmt D. 19, 2, 33 einen breiten Raum ein.[4]) Sicherlich zum Teil überarbeitet[5]) und gerade in dem über den Kauf handelnden Stücke (III) von mehreren Seiten beanstandet[6]), könnte das Fragment hier ganz être écarté

---

[1]) Vgl. unten S. 228 N. 1.

[2]) Zu diesem technischen, in Vat. 15 wiederkehrenden Begriff zutreffend Rabel S. 551, anders Haymann S. 115 N. 2, der an Annahmeverzug des Käufers denkt.

[3]) Dazu oben Nr. 44 Abs. 1.

[4]) Vgl. namentlich Rabel, Grundz. S. 483f. und SZ. 42 S. 545, 547, 552, 556, 560, 563; Haymann II S. 63ff.; Konstantinovich S. 122ff.

[5]) Siehe unten S. 220 N. 5, S. 221 N. 2, 3.

[6]) Beseler III S. 47f. und daselbst Schulz; Costa, Locazione di cose (1915) S. 38.

du fond du débat, wenn dieses Stück vollkommen interpoliert wäre, wie das ihr jüngster Interpret[1]) behauptet. Indessen dürfte eine vorsichtige Quellenbehandlung an der Integrität des sachlichen Inhaltes der Kernworte (III) festzuhalten haben.

Afric. 8 quaest. (Nr. 100 I: de locatione et conductione) D. 19, 2, 33:

I. Themafall: Pacht.
Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes:

II. Parallele A: Werkvertrag.
quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis.[2])

III. 1. Parallele B: Kauf.
nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis[3]) ex empto:

2. Korrektur zu Parallele B.
quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi.[4])

IV. Korrektur zum Themafall.
Similiter igitur [et circa conductionem][5]) servandum

---

[1]) Huvelin, Rev. hist. de droit (4 sér.) 3 (1924) S. 322ff.

[2]) Schreibfehler für *tenereris*? So Beseler.

[3]) Schreibfehler für *teneris*? So Beseler. — *Tenearis* könnte nur coniunctivus potentialis sein, aber ein solcher ist in den Rechtsbüchern höchst selten (Kalb, Wegweiser S. 74, Spezialgrammatik² S. 244) und auch dann wohl nur bei verba dicendi im Gebrauch.

[4]) Beseler verkehrt diesen Satz in sein Gegenteil. Auch Schulz, Costa, Huvelin halten ihn für unecht. Dazu bestände (siehe unten den Text) selbst dann kein Anlaß, wenn das *hactenus* zu beanstanden wäre. Aber *hactenus* ist durchaus nicht immer unecht. Es gehört (auch mit *ut*) der besten Latinität an (z. B. Cic. de divinat. 1, 13 i. f.) und kommt auch bei Gaius vor (III 18, 54). Das *hactenus verum erit (esse)* kehrt außer in einer Ulpianstelle gerade nur noch bei Afrikan D. 41, 4, 11 (echt) wieder. Auch *hactenus . . . ut* erscheint in echter Wendung bei Afr. D. 19, 1, 30, 1.

[5]) Levy. — Das Glossem ist überflüssig und irreführend, weil es IV auf I und II gleichmäßig bezieht, während der weitere Verlauf zeigt, daß nur an I gedacht ist.

puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim[1]) [nec ultra actione ex conducto praestare cogeris][2]).

V. Begründung zu IV.

[Nam et si colonus . . . .][3])

59. Unmittelbar zur Entscheidung lag Julian der Fall vor, daß ein verpachtetes[4]) Grundstück vom Staat eingezogen war und zwar infolge eines Umstandes, den der Verpächter nicht zu vertreten hatte (I). Aus diesem Grunde ist es ohne Belang und wird deshalb auch nicht erwähnt, welchen Anlaß die *publicatio* hatte: ob sie Exekution[5]) oder — was wahrscheinlicher — Enteignung war, bei welch letzterer man wohl an einen fundus provincialis denken müßte, da es sonst auffällig wäre, daß von einem dafür gezahlten *pretium*[6]) als stellvertretendem commodum im weiteren Verlauf keine Rede ist. In jedem Falle machte die *publicatio* dem Pächter das *frui licere* unmöglich. Und das reicht Julian hin, um die Haftung des Verpächters *ex conducto* auf das *frui licere* d. h. auf Erfüllung oder vollen Schadensersatz auszusprechen. Daß der entwurzelte Pächter seine *pensio* nicht weiter zu zahlen brauchte, war längst kein Problem mehr. Wohl aber war man offenbar noch nicht ins Reine darüber gekommen, ob er nur hiervon befreit war und etwaige Vorauszahlungen *ex conducto* zurück-

---

[1]) Bis hierher kein Anstand.

[2]) Levy. — Überflüssig, objektlos. Das Futur verrät den Zusatz. Vgl. insoweit Beseler und Huvelin.

[3]) Stück V ist für die vorliegende Erörterung unerheblich. Die Unechtheit des ersten Satzes ist wahrscheinlich (Mitteis, Mél. Girard II S. 232f.; Guarneri Citati, Misc. eseget. I S. 68 N. 3), die des zweiten Satzes ziemlich sicher (Mitteis, Beseler, Costa a. a. O., Rotondi, Scr. III S. 137 N. 2, Huvelin S. 326).

[4]) Und dem Pächter überlassenes. Daran ist als an den Regelfall in IV gedacht, aber begrifflich ist die Unterstellung nicht notwendig. Vgl. die Parallele in III: *priusquam . . . traderetur.*

[5]) Vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht II (3. Aufl.) S. 551f., Strafrecht S. 1022ff.

[6]) Vgl. einerseits Liv. 40, 29, 13 und dazu Mommsen, Staatsr. II S. 329 N. 2, andererseits ebenda S. 997 N. 1.

fordern konnte oder ob er offensiv den durch die vorzeitige Einstellung seines Betriebes ihm erwachsenden Schaden ersetzt zu verlangen vermochte.[1]) Den ersteren Standpunkt nimmt Mela (bei Ulp. D. eod. 19, 6) ein in dem Falle, daß die gemietete *insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit (pensionem residui temporis . . . . ex conducto actione repetiturum)*, ein Standpunkt, der von Africanus selbst (in IV) vertreten und nachmals zum herrschenden wird.[2]) Die letztere schärfere Haftung des Lokators war bereits von Servius verfochten worden (bei Ulp. D. eod. 15, 2 i. f.): sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit[3]), und das ist genau noch die Ansicht Julians[4]), der, wie der folgende Vergleichsfall (II) zeigt, zwischen *fundum publicari* und *solum corruere*, zwischen der Fortdauer des Rechtes und des Objektes keinen Unterschied macht.[5]) Der Gegensatz greift tief: während die eine Lösung geradenwegs aus dem periculum locatoris abfließt, setzt die andere die Anschauung voraus, daß dem Pächter mit dem Abschluß der locatio conductio nicht bloß die Einräumung, sondern auch die Fortdauer des *frui licere* bis zum Pachtende schlechterdings garantiert wird — gegen Rechtsverlust ebenso wie gegen Sachuntergang, gegen nachträglich

---

[1]) Huvelin S. 325 hält unter Mißachtung des *ut mihi frui liceat* diese ganze Fragestellung für byzantinisch.

[2]) Vgl. namentlich Marcell. bei Ulp. D. eod. 9 pr.: . . . non teneri, ut frui praestet, non magis quam insula exusta teneretur locator conductori. Ebenso Ulpian hier und in D. eod. 19, 6. Vgl. auch die von ihm D. eod. 9 pr., § 4 mitgeteilten Reskripte.

[3]) Diese Worte sind bisher wohl allgemein (so auch zuletzt Costa S. 48) im Sinne eines Pachtzinsermäßigungs-Anspruchs mißverstanden und sogar mit dem *remittere mercedem* (eod. §§ 3 ff.) zusammengeworfen worden, obwohl der freilich entstellte Ulpian (eod. § 7) vor dieser Verwechselung ausdrücklich warnt. Näheres gelegentlich anderswo. — In Serv.-Alf. D. eod. 30, 1 ist ein geldwerter Schaden nicht entstanden.

[4]) Auch des Sabinus? Vgl. Ulp. D. 39, 2, 13, 6.

[5]) Ähnliche Gleichsetzung bei Julian in D. 30, 84, 4, bei Pompon. in D. 7, 6, 2; dazu Haymann S. 84; Genzmer, SZ. 44 S. 107 ff.

entstehende Verlusttatsachen[1]) nicht minder als gegen von vornherein objektiv gegebene.[2])

60. Julian, der Vertreter der Garantielehre, weiß sich auf umstrittenem Boden und fügt deshalb Gründe bei. In vergleichender Methode zieht er zwei Parallelen. Die erste (II) betrifft den locator operis, der ebenfalls für den vom conductor nicht zu vertretenden[3]) Untergang des Stoffes[4]) hafte. Worauf er haftet, ist nicht gesagt, ergibt sich aber aus dem Zusammenhang von selbst: wiederum auf Erfüllung, die in der Zahlung des Werklohns besteht. Und hier ist die strenge Haftung in der Tat nicht anzutasten. Denn da der conductor eine Arbeitsleistung erbracht hat, die nicht wie die Geldleistung des conductor rei rückgängig gemacht werden kann, so kommt eine andere Schadloshaltung als die Entrichtung einer Vergütung[5]) gar nicht in Frage. Fragen ließ sich nur, ob ihm überhaupt Schadloshaltung gebühre oder ob der Schaden der vergeblich getanen Arbeit auf ihm sitzenbleibe, ob — so drücken es die Klassiker aus — der locator oder er selbst das periculum trage. Darüber ward allerdings gestritten, und es scheint, daß die Prokulianer die im Wesen des Werkvertrages liegende Gefahr des Unternehmers[6]) auch bei Untergang des

---

[1]) *Futuri casus evictionis* im Sinne des Paul. D. 21, 2, 11 pr. (siehe unten Nr. 65).

[2]) Zum letzteren Ulp. D. eod. 9 pr.: Si quis . . . fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere.

[3]) Beruht der Untergang auf einem Zufall, den der Unternehmer durch custodia abwenden konnte, so hat er Ersatz zu leisten, nicht zu verlangen.

[4]) *solum* (vgl. auch D. eod. 62) im Gegensatz zu *aedificium.*

[5]) Über ihre Höhe, insbesondere darüber, ob der Unternehmer eines nicht fertiggestellten Werkes sich mit einem entsprechenden Teil des vereinbarten Lohnes begnügen muß, geben D. 14, 2, 10 pr., D. 19, 2, 59 oder andere Stellen nichts Sicheres aus. Bejahend BGB. § 645. Im gemeinen Recht war es bestritten: Windscheid-Kipp § 401 N. 10; Fr. Mommsen, Beiträge III S. 423 ff.

[6]) Das Prinzip scheint hier ein ähnliches gewesen zu sein wie beim Kauf. Der conductor operis (= Opusverkäufer) trägt in Ansehung der Arbeit, des Bearbeitungsmittels, *operis vitium* (Gegensatz: des zu

vom Besteller gelieferten Stoffes beibehielten, wie das erweislich Labeo (Nr. 197, 198) D. 14, 2, 10pr.; D. 19, 2, 62 angenommen hat. Aber die cassianische Gegenmeinung (Sabin. bei Javol. D. eod. 59) setzte sich durch (Paulus zu beiden Labeostellen[1])) und wird gewiß auch schon zu Julians Zeiten die siegreiche gewesen sein.[2]) Und so erkennen wir die vortreffliche Wahl dieses ersten Hilfsfalles.[3]) Wie der locator operis den Stoff nicht nur bereitzustellen, sondern bis zur Adprobation des Werkes für sein Bereitbleiben dauernd einzustehen hat, ebenso hat der locator rei den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache unausgesetzt bis zur Beendigung der locatio conductio zu garantieren. Deshalb muß dieser und jener locator Erfüllung oder vollen Ersatz leisten, sobald das von ihm gestellte (locare) Objekt ohne Verletzung der custodia des conductor diesem entzogen wird.

61. Blieb der erste Hilfsfall im Rahmen der locatio, so knüpft der zweite an das *publicari fundum* an. Nur ist der fundus jetzt nicht verpachtet, sondern verkauft und die Einziehung statt vor Pachtende vielmehr *priusquam va-*

bearbeitenden Stoffes; *soli vitium*: D. 19, 2, 62. Hierüber im Text) das periculum (vis maioris), *donec adprobetur* (Flor. D. 19, 2, 36), der locator (= Opuskäufer) jedoch, *si tale opus fuit, ut probari deberet* (Jav. D. eod. 37). Also bildet der Moment der Adprobation, genauer: der Adprobationsfähigkeit (nach Anzeige beim Besteller) die Stichzeit. Vgl. auch Paul. D. eod. 62 i. f., Ulp. D. eod. 15, 6 und den geradezu aus dem Kaufrecht übernommenen Aufbau in Flor. D. eod. 36, wo freilich nicht alles intakt geblieben ist und mindestens der sicher unechte Schluß (*nisi . . . esset*) einen Gedanken verdrängt haben wird, wie er in D. eod. 37 i. f. begegnet.

[1]) In der erstgenannten (D. 14, 2, 10pr.) ist die Meinung des Paulus allerdings größtenteils verdeckt. Aber die demselben Zusammenhang angehörige Parallelstelle, das *immo* und der Schluß (*satis erit . .*) weisen auf den Gegensatz, in den er auch hier zu Labeo tritt.

[2]) Haymann II S. 155ff. ist auch hier auf den Gegensatz der Schulen nicht aufmerksam geworden.

[3]) Dies zugleich gegen F. Mommsen, Beiträge I S. 379ff., Haymann S. 64ff., 158f., Huvelin S. 325. Der eine Vorschlag Haymanns, *aedificandam* zu streichen, bereits bei Lotmar, Arbeitsvertrag II S. 933 N. 4. Schon rein formal spricht dagegen, daß dann das ganze *insulam aedificandam locasses et* überflüssig wäre; vgl. z. B. D. eod. 15, 2 i. f.

cuus traderetur geschehen (III 1). Obwohl gegen sie die custodia nichts ausrichtet, haftet der Verkäufer doch *ex empto* schlechthin d. h. auf das Erfüllungsinteresse (III 2: *si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi*[1]), womit die Parallele zur Lösung des Themafalles (I) wiederum erreicht ist.[2]) Julians Begründung kann nach allem Vorausgegangenen kaum zweifelhaft sein. Der locator ist zur Bereitstellung des Gebrauches oder Stoffes unbedingt verpflichtet und bleibt es bis zum vertragsmäßigen Rückgabetermin (Pachtende, Werkabnahme). Der venditor ist entsprechend zum *vacuam possessionem tradere* unbedingt verpflichtet und bleibt es bis zur Lieferungsfähigkeit d. h. bis zu dem Zeitpunkt, wo er von seiner Seite zur Erfüllung dieser Pflicht erstmals in der Lage und dem Käufer dies bekannt ist.[3]) Ob diese Lehre für den Kauf eine neue Idee Julians war oder auf ältere Anschauungen zurückging, ist, soviel ich sehe, aus den Quellen nicht zu ermitteln, aber wohl eher im letzteren Sinne zu beantworten[4]), ansonst die Beweisführung in eine Sackgasse geraten wäre und der Parallelentscheid die Problematik der Hauptentscheidung, statt sie zu beheben, nur noch gesteigert hätte. Wie dem aber auch sei: Afrikan widerspricht der Garantielehre und läßt den Verkäufer auf Grund der publicatio fundi *ex empto*[5]) nur noch auf Rückerstattung des etwa schon gezahlten Kaufpreises haften (III 2). Ja, er rollt von hier aus die Front Julians überhaupt auf, indem er, dessen Analogie akzeptierend (*similiter*), auch für den Themafall[6]) sich auf die Seite derer schlägt, die den Verpächter lediglich zur verhältnismäßigen Rückzahlung des im voraus entrichteten Pachtzinses verpflichtet erachten (IV: *puto*).[7]) Damit hebt er für Kauf wie für Miete ausschließlich auf die Gefahrtragung ab[8]) und sieht — wenn wir nunmehr die Miete

[1]) Siehe hierzu auch unten S. 236 N. 4.
[2]) Vgl. im allgemeinen Rabel, Haftung S. 125 oben.
[3]) Dazu unten Nr. 63. [4]) Anders Seckel.
[5]) Vgl. auch Rabel S. 547.
[6]) Der erste Parallelfall (II) bot weder Anlaß noch Möglichkeit zu einer Korrektur Julians: vgl. oben S. 223 bei N. 5.
[7]) Siehe oben S. 222 N. 2. [8]) Vgl. oben Nr. 59 a. E.

beiseite lassen — das periculum beim venditor für die Zeit, *priusquam vacuus (fundus) traderetur.*

62. Es ist seltsam, daß man in diesen Worten das *vacuus* bisher[1]) allgemein übersehen hat, — und dies, obwohl es durch die Satzstellung einen besonderen Ton erhält und mit derselben Betonung hernach in *eum vacuum mihi tradi* wiederkehrt. Daß das *tradere vacuum fundum* oder (was dasselbe ist)[2]) *vacuam possessionem* im römischen Kauf ein technischer Begriff ist, steht fest. Schon Alfenus (Pomp. D. 18, 1, 18, 1) und Labeo (D. 8, 1, 20; 18, 1, 78, 1) beschäftigen sich beim Kauf[3]) mit feineren Fragen der vacua possessio, und die Überlieferung handelt von ihr in zahlreichen Stellen[4]), wiewohl das Epitheton *vacuus* gewiß oft abhanden gekommen ist. Was im einzelnen Fall zum *v. p. tradere* gehörte, war aus den Umständen zu entnehmen, und deshalb gegebenenfalls vom Arbiter *ex fide bona* zu bestimmen (Paul. D. 4, 8, 32, 20). In jedem Falle aber mußte der Verkäufer, dem ja die Vornahme des *v. p. tradere* oblag[5]), nicht nur selbst *decedere de fundo*, damit der Käufer *ingrediatur possessionem* (Lab. D. 18, 1, 78, 1)[6]), sondern auch alle Besitzhindernisse beseitigen, die dem Käufer etwa von dritter Seite entgegengesetzt werden konnten.[7]) Er hat dafür einzustehen, daß kein Dritter die

---

[1]) Bis zu Seckel. [2]) Kniep, Vacua possessio (1886) S. 9ff.

[3]) Genauer: beim Sachkauf. Beim Servitutenkauf ist *nulla eiusmodi iuris vacua traditio*: Lab. = Jav. D. 8, 1, 20; Pomp. D. 19, 1, 3, 2.

[4]) Eine allerdings nicht erschöpfende Übersicht bei Kniep a. a. O., wo auch einiges aus nichtjuristischen Quellen. Die Funktion der v. p. greift bekanntlich über das Gebiet von Kauf und Schenkung hinaus (vgl. etwa Rotondi, Scr. III S. 170 N. 1). Im folgenden handelt es sich nur um die Fragmente vom Kauf. Zu ihnen kommen noch Paul. D. 49, 14, 50 init. und die diokletianischen Reskripte C. 4, 19, 12; 4, 49, 8; 8, 27, 13.

[5]) Die v. p. begegnet bei Erörterung der Traditionshandlung z. B. in Alfen.-Pomp. D. 18, 1, 18, 1 i. f., Cels. D. 41, 2, 18, 2, Pomp. D. eod. 33, Scaev. D. 19, 1, 48, Ulp. D. 41, 2, 34 pr., Alex. C. 7, 32, 2.

[6]) Vgl. auch das prokonsularische Dekret (a. 69 p. C.) bei Bruns Nr. 71a Z. 11f.: ... de praedis ... recederent vacuamque possessionem traderent. Siehe ferner Konstantin (a. 316) in Vat. fr. 249, 7. Näheres bei Bechmann III 1 S. 19ff.

[7]) Hölder, Krit. Viert. Schr. 16 (1874) S. 535f.; Bechmann I S. 549ff., III 1 S. 10ff.; Girard (5. Aufl.) S. 552f.; Rabel, Haftung S. 90f.

Gewalt über das Grundstück ausübt oder stört oder kraft magistratischer missio *in possessione est* (Paul. D. 19, 1, 2, 1) oder vermöge seiner Detention die Besitzergreifung des Käufers hindert (Pap. D. 43, 16, 18pr.[1]); vgl. Marcell. D. eod. 12). Und es muß nicht bloß prima facie die „Luft rein", sondern auch weiterhin jeglicher Interdiktenstreit ausgeschlossen sein, bei dem sich die possessio eines Dritten der vereinigten possessio von Verkäufer und Käufer (accessio possessionis) als überlegen erweist: so Ulpian in D. 19, 1, 35 für das interdictum de itinere actuque und allgemein[2]) in D. eod. 11, 13:

> Idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione[3]) potior sit.

Eine Tradition, die diese Sicherheit gegen possessorische Angriffe nicht in sich trägt, ist von vornherein keine Tradition im Rechtssinne. Denn Ulpian fährt fort:

> sed Iulianus libro quinto decimo digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione[3]) emptor futurus non sit: erit igitur ex empto actio, [nisi hoc praestetur],

und Pomponius sagt entsprechend[4]) (D. eod. 3pr.):

> Ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut, si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intellegatur.[5])

Bemerkenswert ist auch die Wendung des Paulus: *vacua possessio emptori tradita non intellegitur, si . . . . .* an einer Stelle des Sabinuskommentars zum Kauf (D. eod. 2, 1; 5 ad Sab.; Nr. 1713), an der es ihm eigens darauf an-

[1]) Insbesondere machen die Worte *neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori* deutlich, daß der Widerstand des Detentors die Tradition hindert; siehe auch Rotondi, Scr. III S. 218 N. 2, anders Bechmann III 1 S. 14f.

[2]) Siehe auch Alex. C. 7, 32, 2 (*diu te in possessione fuisse*).

[3]) Dazu unten S. 230 N. 1.

[4]) Genauer Rabel, Haftung S. 90 N. 3.

[5]) Nicht zu ermitteln ist, ob Jav. (Nr. 53) D. 41, 2, 22: *non videtur possessionem adeptus is qui ita nactus est, ut eam retinere non possit* ebenfalls hierher gezogen werden kann. Dafür (zweifelnd) Bechmann III 1 S. 15 N. 3.

kam, die *vacui appellatio* zu erläutern. So wächst die kaufmäßige Tradition über die schlichte körperliche Übergabe weit hinaus.[1]) Das *vacuam relinquere possessionem,* das sie fordert, *multo plus est quam restituere* (Venul. Nr. 8; D. 41, 2, 52, 2) oder, wie Ulpian (Nr. 129) es ausdrückt (D. 45, 1, 52, 1), *si quis vacuam possessionem tradi promiserit*[2]), *non nudum factum haec stipulatio continebit, sed causam bonorum.*

63. Darauf, daß ihm die vacua possessio in dem geschilderten Umfang eingeräumt werde, kann der Käufer ex empto klagen[3]), auch dann noch, wenn der fundus im vulgären Sinne ihm bereits tradiert ist.[4]) Daraus folgt *ex fide bona,* daß er ihn so lange nicht abzunehmen (und nicht zu zahlen) braucht, als der Verkäufer ihm nicht eine besitzrechtlich unangreifbare Stellung bieten kann[5]) und von der Beseitigung etwa vorhandener Hindernisse Mitteilung macht.[6]) Vor dieser Traditionsreife ist dem Käufer nicht zuzumuten, daß er zur Entgegennahme des gekauften

[1]) Das hat Haymann durchweg übersehen. Wegen Javol. D. 18, 6, 17 hält er (S. 119f.) sogar „schon die Gewährung der Detention der Kaufsache im Interesse des Käufers" für geeignet, die Gefahr übergehen zu lassen. In Wahrheit verneint dieses interessante Fragment die Tradition des Sklaven, *cuius possessio per locationem retinetur a venditore.* Wenn trotzdem das *periculum eius servi ad emptorem pertinet,* der *eum conductum rogavit, donec pretium solveret,* so liegt der bezeichnende Grund darin, daß der servus dem Käufer von vornherein traditionsfähig zur Verfügung steht und der Käufer jederzeit in der Lage ist, durch *pretium solvere* den kaufmäßigen Besitz zu erlangen. Das *conducere* ändert daran nichts. Nur die custodia obliegt dem Verkäufer nach der Mietüberlassung nicht mehr; er haftet nun wohl nur noch für dolus. Das mag Javolen auch gesagt haben, aber nicht in der Form des verkürzenden *quod tamen*-Satzes, der uns glauben machen will, daß der Klassiker ein *periculum,* das *(sine) dolo venditoris intervenerit,* für möglich gehalten haben sollte.

[2]) Man sieht aus dieser und aus anderen Stellen (z. B. Pomp. D. 19, 1, 3, 1; Pap. D. 22, 1, 4pr.; Ulp. D. 45, 1, 75, 7), wie die Praxis der Stipulationen sich den im Kaufrecht entwickelten Begriff der *vacua possessio* zunutze macht.

[3]) Gai. IV 131a, wohl auch Proc. D. 18, 1, 68, 2 im Urtext.

[4]) Jul. bei Ulp. D. 19, 1, 11, 13; Ulp. D. eod. 35.

[5]) Vgl. auch Bechmann III 1 S. 11; Girard[6] S. 568.

[6]) Die Mitteilung braucht mit dem zu einem Annahmeverzug führenden Angebot sofortiger Leistung durchaus nicht zusammenzufallen.

Grundstücks die Initiative ergreift, jene Initiative, deren Bestehen allein ja, wie dargelegt[1]), das periculum emptoris zu rechtfertigen vermag. Die emptio ist also noch nicht perfekt. Dieses Resultat würde — wie in den Fällen des Kaufes aus einem Vorrat oder mit Degustation — nicht dadurch gefährdet werden, daß die entsprechende Terminologie zufällig in den Quellen nicht nachweisbar wäre.[2]) Indessen fehlt es nicht an Anhaltspunkten. In dem alsbald[3]) zu besprechenden Erlaß Alexanders C. 4, 48, 1 liegt der *perfecta venditio* kein Gegensatz näher als der einer traditio non vacuae possessionis, und Diokletian reskribiert unmittelbar in C. 4, 38, 12pr.:

> Non idcirco minus emptio perfecta est, quod emptor fideiussorem non accepit vel instrumentum testationis vacuae possessionis omissum est: nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet.

Mittelbar erhellt das Gleiche aus den vielfachen Belegen dafür, daß die Grundstücksschenkung an personae non exceptae erst mit dem Erwerb der vacua possessio durch den Beschenkten „perfekt" wird.[4]) Denn wenn auch die donatio perfecta in Voraussetzungen und Wirkungen im allgemeinen andere Wege geht als die emptio perfecta[5]), so ist doch an dieser Stelle der Berührungspunkt unverkennbar. Man braucht nur das vorhin wiedergegebene Ulp. D. 19, 1, 11, 13 neben Paul. Vat. fr. 311 zu stellen:

> Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio perficit donationem. In rebus mobilibus[6]) etiamsi traditae sint, exigitur, ut et interdicto utrubi superior sit is cui

[1]) Oben Nr. 18. [2]) Vgl. dazu oben S. 162 N. 1.

[3]) Unten Nr. 65.

[4]) Scaev. D. 39, 5, 35, 1, sowie Diocl. in Vat. fr. 293, 1 und C. 5, 3, 12. Der Gedanke der Perfektion (ohne den Terminus) liegt überall zugrunde, wo im Schenkungsrecht die *vacua possessio* begegnet. Vgl. z. B. die Urkunden Bruns, Fontes Nr. 136, 137, 139 ll. 5 u. 22; Ulp. D. 43, 19, 3. 6 und die Reskripte Vat. fr. 314, 316, C. 4, 21, 12; 5, 3, 8; 5, 16, 23; 7, 32, 3. — Zur Sache vgl. Mitteis, Röm. Priv. R. I S. 163f.

[5]) Vgl. oben S. 151 N. 5, S. 152 N. 1.

[6]) Daher fehlt hier der Terminus *vacua possessio* wie auch in D. 19, 1, 11, 13 (siehe folg. Note).

donata est, sive mancipi mancipata sit sive nec mancipi tradita.[1])

Es sind dieselben Erfordernisse, die Julian beim Kauf für die Wirksamkeit der Tradition, Paulus bei der Schenkung für die „Perfektion" aufstellt. Da wird die Ausdrucksweise der C. 4, 38, 12pr. den Klassikern nicht fremd gewesen sein.

64. Der Kauf ist hiernach erst perfekt, der fundus erst traditions- oder abnahmereif, wenn er in der Hand des Verkäufers *vacuus* (fremdbesitzfrei) ist. *Priusquam vacuus traderetur* — und damit kehren wir zum fr. 33 zurück —, muß daher gemäß der Regel *perfecta emptione periculum ad emptorem respicit* (D. 18, 6, 8pr.) die Gefahr der obrigkeitlichen Einziehung (wie alle sonstige vis maior) noch beim Verkäufer sein. Und so ordnen sich die Anschauungen Julians und Afrikans, wie sie das fr. 33 voraussetzt, reibungslos in die klassische Gesamtlehre ein. Wäre Julian von ihr abgewichen, so ließe sich nicht begreifen, was er in D. 18, 5, 5, 2 eindeutig schreibt:

Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: [quare nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt].[2])

Da der Jurist, wie eben fr. 33 erweist, zwischen behördlicher Entziehung und natürlicher Vernichtung der Kaufsache als Fällen der Verwirklichung des periculum einen Unterschied nicht macht, so gibt es für die entgegengesetzte Entscheidung der beiden Fragmente nur den einen, aber ausreichenden Grund: im fr. 33 ist die emptio imperfecta, im fr. 5 ist sie perfecta. Da das letztere das Normale ist, bedurfte es im fr. 5 einer besonderen Hervorhebung nicht.

[1]) Es liegt überaus nahe zu vermuten, daß auch in D. 19, 1, 11, 13 Neratius und Julian nicht abstrakt *potior* (*superior*) *sit in lite de possessione* (*in possessione*) gesagt, sondern die Interdikte, besonders das Utrubi genannt haben werden; vgl. auch D. eod. 35.

[2]) Die Unechtheit des *nisi*-Stückes steht fest. Aber der ganze überflüssige *quare*-Satz mit seiner dunklen actio ex empto wird Glossem sein. Vgl. dazu Rabel S. 544 N. 1.

65. Von anderer Seite flankiert und ergänzt wird das fr. 33 durch zwei spätklassische Äußerungen, ein Responsum und ein Reskript.

Paul. 6 resp. (Nr. 1493) D. 21, 2, 11 pr.:

> Lucius Titius praedia in Germania trans Renum emit et partem pretii intulit: cum in residuam quantitatem heres emptoris conveniretur, quaestionem rettulit dicens has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim veteranis in praemia adsignatas: quaero, an huius rei periculum ad venditorem pertinere possit. Paulus respondit futuros casus evictionis [post contractam emptionem] ad venditorem non pertinere et ideo secundum ea quae proponuntur pretium praediorum peti posse.

Die echte Sachdarstellung und quaestio kommt dem Fall und Problem des fr. 33 III so nahe wie wohl sonst keine Stelle in der gesamten Überlieferung. Auch die Logik der Entscheidung[1]) bewegt sich durchaus in denselben Bahnen wie bei dem den Julian abändernden Afrikan. Wie dieser aus der Gefahr des Verkäufers dessen Rückerstattungspflicht ableitete, so gründet Paulus auf die Gefahr des Käufers seine Haftung auf den Kaufpreisrest. Verschieden ist nur die Beantwortung der hier ausdrücklich auf das *periculum* abgestellten quaestio. Aber wiederum ist zu sagen, daß das periculum emptoris des fr. 11 mit dem periculum venditoris des fr. 33 vollkommen zusammenstimmt, weil der Fall des Paulus die Perfektion des Kaufes voraussetzt — mangels abweichender Anhaltspunkte und angesichts der Verteidigungsweise des Beklagten, die die an seinen Erblasser geschehene Tradition nahelegt.[2]) Wesentlich für die Traditionsreife ist der Vollzug der Tradition aber nicht, und so hinterläßt auch das *emit* des Tatbestandes keinerlei Lücke. Erklärungsbedürftig ist nur noch, daß der Tenor des Responsums den Verkäufer nicht einfach vom peri-

[1]) Ihren Tenor verändern weitgehend (unter sich verschieden) Beseler III S. 48, Haymann II S. 139 ff.

[2]) Insoweit zutreffend Haymann II S. 140. Für Tradition auch die allgemeine Auslegung; vgl. Schulz S. 50 N. 55.

culum lospricht, sondern von den *futuri casus evictionis post contractam emptionem.* Daß die letzten drei Worte, die syntaktisch nicht eindeutig beziehbar sind und die unklassische Gleichsetzung von *contractam* und *perfectam* verraten[1]), ein zu *futuros* an den Rand gesetztes Glossem sind, dürfte nicht zweifelhaft sein. Um so echter ist das *futuros casus evictionis.* Gerade weil „zukünftig . . . schließlich alle Eviktionsfälle sind“[2]), hat die besondere Hervorhebung des *futuros* einen eigenen Sinn, der aus dem Zusammenhang ohne weiteres abfließt und sich mit dem Ausdruck zwanglos vereinbart.[3]) Aus den beiden gleich möglichen Bedeutungen „künftige Entziehungen“ und „Entziehungen, deren Grund künftig eintritt“ ist annehmbar nur die letztere und also ist sie die gemeinte.[4]) Daß Paulus aber überhaupt die Eviktionshaftung erwähnt, beruht zweifellos auf der Erwägung, daß der Käufer *perfecta emptione* sich wegen Sachentziehungen von dritter Seite[5]) an den Verkäufer nur dann halten (und mindestens den Kaufpreis verweigern[6])) könnte, wenn die besonderen Voraussetzungen der Eviktionshaftung oder, wie man in spätklassischer Zeit zu sagen beginnt[7]), des *periculum evictionis* gegeben wären, was vorliegendenfalls durch das Wörtchen *futuros* bündig verneint wird.

---

[1]) Siehe oben S. 154 N. 1.

[2]) Schulz S. 50, der mit den Bas. 19, 11, 11 (Zachar. 283) das *futuros casus evictionis* durch *fortuitos casus* zu ersetzen vorschlägt. Dagegen mit Recht Peters, Oström. Digest. Komm. S. 36f.; Haymann II S. 141 N. 1 (der aber die Wendung vollkommen tilgt), Guarneri Citati, Misc. crit. I S. 8 N. 1. Vgl. auch den *futurus casus* z. B. in Gai. D. 34, 9, 10, 1.

[3]) *Casus* heißt auch sonst oft wirkender Umstand; vgl. etwa VIR. I 635, 34ff. Möglich wäre auch eine Verschreibung für *causas*: vgl. u. S. 233 N. 1.

[4]) Diese Auslegung respektiert den Wortsinn noch ungleich mehr als die ganz ähnliche, die heute gegenüber dem „begründet waren“ in BGB. § 404 mit Recht herrschend geworden ist.

[5]) Hier wegen der rei vindicatio der Assignatare.

[6]) Dies zu Haymann II S. 141f.

[7]) C. 2, 23, 1 (a. 194); 5, 71, 9, 1 (a. 285); 3, 19, 1; 8, 44, 19; eod. 21, 2 (a. 293); eod. 26 (a. 294); 7, 17, 2, 3 i. f. (a. 531). Der Sprachgebrauch geht wohl auf Wendungen zurück, die sich in der Juristensprache finden: Pap. Vat. fr. 10 und D. 21, 2, 64, 1; Paul. D. 19, 1, 45, 1; vgl. auch C. 8, 44, 10 (a. 223).

Das ist genau derselbe Gedankengang, den zu Lebzeiten des Paulus, vielleicht geradezu unter seiner amtlichen Mitwirkung das Reskript des Alexander Severus (a. 223) C. 4, 48, 1 erkennen läßt:

> Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum, quod rei venditae contingit, ad emptorem pertinet. auctor enim ex his tantum causis suo ordine tenetur, quae ex praecedente tempore causam evictionis parant, et ita, si ei denuntiatum est, ut causae agendae adesset, et non absente emptore contra eum pronuntiatum est.

Die Stelle ist, wenn man von dem vielleicht durch Schreiberversehen verderbten[1]) *causis . . ., quae . . . causam evictionis parant* absieht, untadelig.[2]) Der Käuferin ist die Sache offenbar von dritter Seite entzogen worden. *Post perfectam venditionem* kann sie dieserhalb den Gesichtspunkt des allgemeinen periculum gegen den Verkäufer nicht mehr geltend machen. Der hätte sich nur als *auctor* und nach besonderer Ordnung *(suo ordine)* heranziehen lassen, nämlich nach Eviktionsrecht und nach dessen positiven Erfordernissen, unter denen in erster Reihe das prägnanter ausgedrückte Gegenstück zu den *futuri casus evictionis* erscheint.

66. Der Käufer braucht, wie gezeigt, die possessio nur anzunehmen, wenn sie *vacua* (fremdbesitzfrei) ist. Nimmt er jedoch wissentlich *possessionem non vacuam* entgegen, so wird er in Ansehung der Gefahrtragung sicherlich behandelt, als hätte er sie *vacuam* erhalten. Der Perfektionsverzicht wird insoweit der Perfektion gleichgeachtet worden sein. Anders liegt es sehr wahrscheinlich, wenn der Käufer sich tradieren ließ, ohne von dem Mangel etwas zu wissen. Einen allgemeinen Satz, nach dem die Tradition

---

1) Denkbar wäre, daß ein Ignorant für *casibus* die Sigle c̄ oder c. (= causis: Studemund, Gai. Apograph. 259) gesetzt hätte, bei deren Auflösung alsdann ein anderer zutreffend das *ex* eingefügt und *quae* aus *qui* gemacht haben würde. Vgl. casus causam intulerit in Ulp. D. 19, 2, 9, 3. Aber zu beweisen ist das nicht.

2) „in heilloser Art entstellt" nach Haymann II S. 143ff.

als solche den Verkäufer ebenso vom periculum entlastete wie die Traditionsreife (= Perfektion)[1]), kennen die Quellen nicht.[2]) Für den Fall des bedingten Kaufes steht das Gegenteil fest.[3]) Ist die *possessio* nicht *vacua*, so haftet der Verkäufer auf das volle Interesse — nach der Tradition so gut wie vor ihr.[4]) Sollte er im ersteren Falle dieser Haftung mit dem Hinweis darauf ausweichen können, daß die Sache inzwischen untergegangen war? Eine ratio dafür wäre kaum erfindlich. Dawider spricht sowohl die Parallele des ädilizischen Mangels, bei dem die Gefahr auf die Dauer der Redhibierbarkeit beim Verkäufer verbleibt[5]), wie der Gegensatz der Behandlung des Rechtsmangels, bei dem der Käufer die Gefahr gerade deshalb trägt, weil nur die Eviktion, nicht schon die bloße Evinzierbarkeit ihm Ansprüche gibt.[6]) Nur diese Auffassung wird auch der Wendung *priusquam vacuus traderetur* (fr. 33 cit.) vollkommen gerecht, die nach allgemeinem Sprachgebrauch[7]) den Doppelsinn hat: „bevor der fundus frei übergeben werden konnte" und „bevor er frei übergeben wurde". Also auch nach der Übergabe trägt der Verkäufer solange die Gefahr, wie der *fundus* nicht *vacuus* ist — es sei denn, daß der Käufer den Mangel bei der Übergabe kannte. Beides, Regel und Ausnahme, zeigt erneut, wie durchdacht der Leitsatz des Paulus (D. 18, 6, 8pr.) ist: si id quod venierit a p p a r e a t .. quale . . sit, . . perfecta est emptio.

67. Die Afrikanstelle bezieht sich wie der Terminus *vacua possessio* überhaupt nur auf Grundstücke.[8]) Aber einige Kernstücke der obigen Beweisführung wie D. 19, 1,

[1]) Ein solcher Satz ist auch aus Jul. D. 18, 5, 5, 2 (*ac si traditus fuisset*) oder Pomp. D. 23, 3, 15 (*ac si tradidisset*) nicht herauszulesen. Diese Worte zielen auf anderes. Wenn sonst der Verkäufer nicht tradiert, kann der Käufer die Zahlung weigern. *Mortuo homine* aber muß gezahlt werden, *ac si traditus fuisset*. Vgl. auch unten Nr. 81 a. E.

[2]) Die Wirkung der Übergabe beim Degustationskauf bildet keine Ausnahme: siehe oben Nr. 52.

[3]) Siehe oben Nr. 34. [4]) Oben Nr. 63 anf.

[5]) Siehe unten Nr. 69. [6]) Siehe unten Nr. 68.

[7]) Vgl. Kühner-Stegmann, Lat. Grammatik II 2 S. 366f., 370.

[8]) Siehe oben S. 226 N. 2.

3pr. und eod. 13, 11 sprechen allgemein oder sogar vorwiegend[1]) vom Fahrniskauf, und so kann kein Zweifel sein, daß hier das von Perfektion und Periculum Gesagte gleichfalls galt.[2]) Es gilt in noch gesteigertem Maße. Denn nach dem Recht des interdictum utrubi kann selbst der prima facie fehlerfreieste Besitz zunächst noch avokabel sein. Von seiten des Verkäufers ist der Käufer dem Interdikt allerdings nicht ausgesetzt.[3]) Ob er sich aber eines Dritten erwehren kann, hängt ganz davon ab, wer von beiden im letzten Jahr bisher längeren Besitz gehabt hat. Für diese Frage ist ausschlaggebend, welche Zeit sich der Käufer auf Grund der accessio possessionis vom fehlerfrei besitzenden[4]) Verkäufer her zugute rechnen kann. Nicht immer wird die accessio ausreichen. Hat z. B. der Verkäufer die Sache durch Schenkung erworben, so kommt ihm der Besitz des Schenkers gegen diesen selbst[5]) nicht zustatten[6]): besaß der Schenker also 5 Monate, der Beschenkte nur 2 Monate und dessen Abkäufer 1 Monat, so dringt das interd. utrubi des Schenkers gegen den Käufer[7]) durch. Und ebenso steht es mit dem Interdikt des Bestohlenen (B), dessen res (furtiva) V zunächst von dem Diebe gutgläubig kaufte und alsdann an den gleichfalls gutgläubigen K weiterverkaufte, falls B 5, V 2 und K 1 Monat lang Besitz hatte. In beiden Fällen unterliegt possessorisch der Käufer, gleichviel ob er seine bedrohte Lage kannte oder nicht, und er

---

[1]) Vgl. oben S. 230 N. 1.

[2]) Beispiele: Verkauft ist a) eine Sache, die der Verkäufer selbst erst anzuschaffen hat; b) eine im Faustpfandbesitz eines Dritten befindliche Sache.

[3]) Bechmann I S. 379, III 1 S. 15, 39ff.; III 2 S. 41. — Die Formulierung von Zanzucchi, Arch. giur. 72 (1904) S. 363f., daß jeder Erwerber può valersi del possesso dell' autore anche contro di lui ist zu allgemein, weil sie (auch p. 408) die entgegengesetzte Gestaltung bei der Schenkung übersieht (siehe unten N. 6).

[4]) Andernfalls überhaupt keine Akzession: Ulp. D. 41, 2, 13, l. 13; vgl. auch Zanzucchi S. 363, 404.

[5]) Wohl aber gegen Dritte: Gai. IV 151, Ulp. D. eod. 13, 1.

[6]) Paul. Vat. fr. 311. Dazu Girard[5] S. 940 N. 3; Mitteis, Röm. Privatr. I S. 163 N. 1.

[7]) Dessen eventueller Vindikation setzt der Schenker die exc. legis Cinciae entgegen.

ist darauf angewiesen, von dem Verkäufer Ersatz zu fordern, weil ihm kaufmäßiger Besitz nicht tradiert war.[1]) Kennt er aber den Sachverhalt, so wird er den Kaufgegenstand gar nicht erst abnehmen, bis der Verkäufer von sich aus oder mittels accessio mindestens halbjährigen Besitz hat.[2]) Erst mit diesem Zeitpunkt ist die Sache abholungsreif, die *emptio* also *perfecta*, erst jetzt geht die Gefahr auf den Käufer über. Das dürften sichere Sätze sein, für die wir angesichts der Ausrottung des Utrubi einen unmittelbaren Beleg nicht erwarten können.

68. Der ungesicherte Besitz des Verkäufers in dem dargelegten Sinne hat sich damit als ein Perfektionshindernis erwiesen. Ein Rechtsmangel des Verkäufers steht dagegen der Perfektion des Kaufes grundsätzlich nicht im Wege. Das fließt unmittelbar aus der Tatsache ab, daß der Käufer die Einräumung des Eigentums oder des sonstigen gekauften Rechtes nicht verlangen und also die Zahlung nicht verweigern kann, solange die Kaufsache nicht evinziert ist.[3]) Kann er zur Zahlung gezwungen werden, selbst wenn das Eigentum des Dritten feststeht, so ist ihm auch die Abholung der Sache zuzumuten, und er trägt, wenn nicht sonstige Hindernisse vorhanden sind, vom Kaufabschluß an die Gefahr.[4]) Die drohende Eviktion hat keinerlei Wirkung.[5]) Durchführung der Eviktion und Sachuntergang schließen einander sogar aus: dieser „beendigt das *evictionis periculum*“ [6]), jene läßt das Gefahrproblem ins Leere fallen.[7]) Erst die spätklassische Zeit

---

[1]) Verschulden des Verkäufers ohne Belang.

[2]) Doch braucht der Käufer, der den Mangel bei Kaufabschluß noch nicht kennt, selbstverständlich nicht auf die Perfizierung zu warten, sondern kann gegebenenfalls sofort ex empto Erfüllung oder Schadensersatz fordern.

[3]) Girard S. 551; Rabel, Haftung S. 82; Bechmann III 2 S. 86.

[4]) Daher denn auch Afr. D. 19, 2, 33 III 2 vom Interesse an der *vacua possessio*, nicht am Eigentum redet.

[5]) Anders Windscheid § 389 N. 8f.; Haymann II S. 143.

[6]) So C. 8, 44, 26 (a. 294); vgl. Ulp. D. 21, 2, 21 pr.; Rabel, Haftung S. 74, 154 N. 2.

[7]) Anschaulich wird die Abgrenzung in der von der auctoritas handelnden quaestio Papinians D. 21, 2, 64 pr. Teiluntergang oder

(Papinian Vat. fr. 12; vgl. auch C. 8, 44, 24 pr. [a. 294]) hat hier zugunsten des Käufers eine leichte Modifikation herbeigeführt, insofern sie ihn schon nach bloßem Beginn des Eviktionsverfahrens *(dominii quaestione mota)* zur Verweigerung des Kaufpreises für berechtigt erklärt.[1]) Mit demselben Moment — wird man schließen dürfen — verliert die etwa noch beim Verkäufer befindliche Sache die Abholungsreife, und ein pendente lite eintretender Untergang der Kaufsache geht, obzwar er Eviktion und Stipulationshaftung abschneidet, auf Gefahr des Verkäufers. Doch darüber kann gestritten worden sein.

X. Hindern Sachmängel den Gefahrübergang?

69. Anders lagen die Dinge, wenn die Kaufsache mit einem Sachmangel behaftet war, für den der Verkäufer einzustehen hatte. Mindestens für die ädilizischen Mängel steht es fest, daß der Käufer, der von dem Fehler erfährt, nicht zu zahlen braucht: Ulp. D. 21, 1, 59 pr.

> Cum in ea causa est venditum mancipium, ut redhiberi debeat, iniquum est venditorem pretium redhibendae rei consequi.[2])

Verschlechterung berührt die Höhe der Eviktionshaftung nicht: *iure non deminuetur evictionis obligatio.* Der Berechnung wird immer der bei dem Kaufabschluß vorhandene Sachwert zugrunde gelegt. Wird nur ein ideeller Bruchteil evinziert, so kommt das unter Umständen dem Verkäufer zugute, dessen Ersatzpflicht sich nicht dadurch steigert, daß der Bruchteil, an dem nach dem Teiluntergang verbliebenen Rest gemessen, mehr ausmacht als gegenüber dem einst verkauften Ganzen: *nam quod perit, damnum emptori, non venditori attulit.* Gegen Haymanns (S. 150 ff.) Auslegung der Stelle vgl. Rabel S. 552 N. 1.

[1]) Girard S. 568, Rabel, Haftung S. 82 ff. und Grundz. S. 483; Bechmann III 1 S. 87 ff. — Zur Kennzeichnung der klassischen Grundanschauung läßt sich eine solche geringe Konzession nicht (mit Haymann S. 142, 154) verwerten.

[2]) Das ist ein allgemeiner Satz, der im iudicium venditi kraft fides bona berücksichtigt werden mußte, auch wenn er bei Ulpian im Zusammenhang mit der gegen die Klagen der Argentarier bereitgestellten exc. redhibitionis (vgl. § 1 daselbst sowie Paul. D. 44, 4, 5, 4; dazu Lenel, Ed. S. 484 N. 7 u. 10) erscheint. Das *dolo petit qui redditurus est* konnte hier nicht übersehen werden. — Vgl. Bechmann III 2 S. 170 f., 206 f.; Rabel, Grundz. S. 483; Biondi, Studi sulle actiones arbitrariae I



Also kann auch nicht erwartet werden, daß er die Sache (gegen Anbieten des Preises) abholt. Anders ausgedrückt: der ursprüngliche erhebliche Sachmangel stellt ein Perfektionshindernis dar[1]), und die Gefahr eines nachträglichen Unterganges oder Schlechterwerdens lastet, solange der Mangel vorhanden ist, auf dem Verkäufer. Diese Gefahr endet auch nicht mit der Tradition[2]), die der Käufer etwa ahnungslos oder unter Vorbehalt entgegengenommen hätte. Denn nach dem Satze *mortuus redhibetur* (z. B. Ulp. D. 21, 1, 31, 11; Paul. D. eod. 47, 1) verbleibt bei zufälligem Sachuntergang während der sechsmonatigen Frist dem Käufer der Rückzahlungsanspruch. Die Perfektion tritt also ähnlich wie bei der Degustationsabrede erst mit dem Wegfall der „Anfechtbarkeit" ein.[3])

70. Ist dagegen der Mangel nicht schon bei Kaufabschluß vorhanden, sondern erst später eingetreten, so greift die actio redhibitoria nicht Platz; es fehlt mithin an einem Perfektionshindernis, und das periculum emptoris kommt ungehemmt zur Geltung. Hätte die römische Praxis Neigung gehabt, die Garantie, will sagen: die Gefahr des Verkäufers auf die bis zur Tradition auftretenden Fehler zu erstrecken, so hätten ihr Edikte und Formeln der Ädilen die beste Gelegenheit geboten, das zum Ausdruck zu bringen. Die aber betonen noch zur Zeit Julians stereotyp, daß der Mangel zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden gewesen sein muß, um den Käufer von ihm zu entlasten.[4]) So nachweislich das Sklavenedikt (D. 21, 1, 1, 1; Lenel § 293)

> . . . . quod si mancipium adversus ea venisset sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret fuisset . . . .

S. 138 und Judicia bonae fidei I S. 43; Vincent, Le droit des édiles (1922) S. 72ff. Näheres über den Geltungsbereich der genannten exceptio gehört nicht hierher.

[1]) Ähnlich das englische Recht: vgl. Schirrmeister-Prochownick, Das bürgerl. Recht Englands II S. 313.

[2]) Vgl. ferner oben Nr. 66.

[3]) Vgl. oben Nr. 24. — Der annus der a. qu. minoris spielt hier natürlich keine Rolle.

[4]) In diesem Sinne Seckel mündlich in Todtmoos.

und das Jumentenedikt (D. eod. 38pr., § 13; Lenel § 294)

> . . . si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisque . . . . redhibendis . . . vel quo minoris cum venirent fuerint . . . . .,

und auf ihrer Grundlage rekonstruiert Lenel[1]) mit Recht die Formeln der actio redhibitoria:

> S. p. homini q. d. a., quem A^us A^us de N° N° emit, morbi quid cum veniret fuisse . . . . .

> Si quem hominem A^us A^us de N° N° emit, eum paret adversus quod dictum promissumve fuit cum veniret fuisse, ...[2])

und der actio quanto minoris

> S. p. homini . . . . . vitii quid cum veniret fuisse, ..., quanto ob id vitium is homo cum veniret minoris fuit, ...

Sollte diese peinlich wiederholte Hervorhebung, wie die Bekämpfer des periculum emptoris doch wohl annehmen müßten, wirklich nur dem Ziele gedient haben, klarzustellen, daß der Käufer, der sich über einen zwischen Kaufabschluß und Tradition entstandenen Mangel beklagen will, vor den Prätor statt vor den Ädilen zu gehen und mit der actio empti statt der redhibitoria oder quanto minoris den Ausgleich zu suchen habe? Das ist undenkbar. Der Unbefangene wird aus dem *cum veniret* vielmehr ablesen, daß, wo die redhibitoria versagt, die actio empti wegen zufälliger Verschlechterung erst recht nicht verwendbar ist; positiv: daß alle später auftauchenden Mängel auf dem Käufer sitzenbleiben. Damit ließ sich zwar vereinbaren, daß in den besonderen Fällen, in denen das *venire* mit dem *per-*

---

[1]) Ed. S. 534 N. 4 und bes. N. 6, S. 535 bei N. 5 und 8.

[2]) Wenn in den siebenbürgischen Kaufurkunden *eum puerum sanum traditum esse* und ähnlich (Bruns-Gradenwitz, Fontes[7] Nr. 130—132) promittiert wird, so weist das ebenso wie die angeschlossenen Kaufpreisquittungen offenbar auf Barkäufe, bei denen Vertrag und Tradition zusammenfielen. So auch Vincent a. a. O. S. 163. Die Formulare bei Varro r. r. II 2, 6; 5, 10. 11; 10, 5 u. sonst haben nur *sanum esse* etc. Die Stellen bei Lenel, Ed. S. 541 N. 12 ergeben nichts Gegenteiliges.

fectam esse emptionem nicht zusammenfiel, auch solche späteren Mängel dem Verkäufer aufgebürdet wurden; das legte man sich so zurecht, daß die ädilizische Haftung überhaupt erst mit der Perfektion ihren Anfang nahm (Paul. D. eod. 43, 9[1]): *perfecta emptione* blieb alsdann das *cum veniret* ja in der Tat durchaus korrekt.[2]) Wäre dagegen wirklich die Tradition die für den Gefahrübergang entscheidende prinzipielle Stichzeit gewesen, so würde man im Laufe der Jahrhunderte den Weg vom *veniret* zum *traderetur* gefunden haben. Ein hochentwickeltes Kunstrecht, wie es im römischen vor uns steht, hätte nicht auf die Dauer im Banne jurisdiktioneller Kompetenzschwierigkeiten die Stichzeit der Sachmängelhaftung auf den Vertragsschluß, die des Gefahrüberganges auf die Übergabe fixiert, ohne die innere Verbundenheit beider Regelungen zu erkennen.[3]) Die Garantie, die die Ädilen dem Verkäufer auferlegen, ist ja, dogmatisch betrachtet, im Grunde selbst nichts anderes als ein positivrechtlich erweitertes periculum venditoris.[4])

Und so lassen noch die spätklassischen Juristen keinen Zweifel darüber, daß das *cum veniret* ihnen die Wasserscheide bildet zwischen dem, was der Käufer beanspruchen darf, und dem, was er selber auf sich nehmen muß. Ulpian (D. eod. 59 pr. cit.) bezieht sich ausschließlich auf ursprüngliche Sachmängel und knüpft hier (im Kommentar zum prätorischen Edikt) an das ädilizische an. Nach Pap. D. eod. 54 *actioni redhibitoriae non est locus, si man-*

[1]) Die Stelle, wiewohl nicht unberührt geblieben, ist in ihrem sachlichen Kern logisch und klassisch; vgl. etwa Vassalli, Bull. 27 S. 217 N. 1, Vincent S. 91.

[2]) Siehe oben Nr. 35. — Undeutlich Bechmann III 2 S. 142f.

[3]) Vgl. namentlich BGB. § 459: „Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist ...". Zum gemeinen Recht vor allem Hanausek, Haftung d. Verk. I S. 92f. (besonders N. 1), auch Bechmann III 2 S. 144. Siehe ferner Oser, Kommentar zu Schweiz. Obl. R. a. 197 unter III, Planiol, Traité élém. de dr. civil, 9. Aufl., II Nr. 1463 (zu C. c. 1641) und die skandinavischen Kaufgesetze § 44 (dazu Almèn-Neubecker, Das skandin. Kaufrecht II S. 62ff., III S. 16f., 56f., 75).

[4]) Siehe auch Brinz, Pand., 2. Aufl., § 327 a. E.; Vincent S. 52, 111f.

cipium bonis condicionibus emptum fugerit, quod ante non fugerat. Am sprechendsten aber ist Paul. Nr. 1492 (D. eod. 58, 2 +) D. 22, 3, 4: *Respondit emptorem probare debere eum servum de quo quaeritur antequam emeret fugisse.* Nur auf den Zustand bei Kaufabschluß kommt es ihm an, obwohl 1. der Tatbestand, daß der Sklave *et in domo venditoris fugisset,* auf den Zeitpunkt der Tradition förmlich hindeutete und 2. das Responsum so nicht formuliert werden konnte, wenn es nicht zugleich das Zivilrecht der actio empti mit in Rechnung zog. Ein verstecktes, aber um so vollwertigeres Zeugnis für das periculum emptoris. Es bestätigt zugleich die Klassizität des Inhaltes zweier Entscheidungen Diokletians, die in genau derselben Richtung liegen und nicht weniger deutlich sind.

C. 4, 58, 3 (a. 286): Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur, fuga post venditionem interveniens ad damnum emptoris pertinet. [. . . . .].[1]) posteriores enim casus non venditoris, sed emptoris periculum spectant . . . .

C. 4, 48, 6 (a. 294): Mortis casus ancillae distractae etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam non ad venditorem, sed ad emptorem pertinet, et hac non ex praeterito vitio rebus humanis exempta solutionem emptor pretii non recte recusat.

Der Verkäufer einer nach dem Kauf[2]) gestorbenen *ancilla* behält grundsätzlich den Kaufpreisanspruch, er büßt ihn nur dann ein, wenn der Tod auf eine schon beim Kaufabschluß vorhandene Krankheit *(praeteritum vitium,* wie es bezeichnend heißt) zurückging.

XI. Käuferverzug und Gefahrübergang.

71. Die mora solvendi ist, weil sie das Kaufgeld und nicht die Kaufsache betrifft, an sich auf das periculum ohne Einfluß.[3]) Aber sie setzt sich in Ansehung der Sache

---

[1]) Zu dem Einschub Haymann, Haftung S. 109f.; P. Krüger z. d. St.

[2]) Über das Stück *etiam . . . dilatam* unten Nr. 80.

[3]) Vgl. auch Rabel S. 551.

regelmäßig zugleich in eine mora accipiendi um, weil der anbietende Verkäufer nur gegen Zahlung zu leisten braucht (vgl. BGB. § 298). Und der Annahmeverzug des Käufers steht zu dem Gefahrübergang allerdings in innerer Beziehung. Er vereitelt die Übergabe und wird ihr deshalb in den Rechtssystemen gleichgestellt, die den Gefahrübergang an die Übergabe anknüpfen (vgl. BGB §§ 300, 324 Abs. 2). Wo dagegen wie im römischen Recht der Käufer auch ohne Verzug regelmäßig schon von Anfang an die Gefahr trägt, wird sein Verzug für die Gefahrverteilung nur in den besonderen Fällen erheblich, in denen die *emptio* zunächst *imperfecta* ist.

Hiernach ist es nicht verwunderlich, daß die Quellen da, wo sie beim perfekten Kauf vom *periculum* im technischen Sinne sprechen[1]), des Annahmeverzuges keine Erwähnung tun. Das Gegenteil behauptet man für drei Stellen. Einmal[2]) vom Schluß der Afr. 8 quaest. D. 46, 3, 39:

I. Si, soluturus pecuniam tibi, iussu tuo signatam eam apud nummularium, quoad probaretur, deposuerim, tui periculi eam fore Mela libro decimo scribit. quod verum est, cum eo tamen, ut illud maxime spectetur, an per te steterit, quo minus in continenti probaretur: nam tunc perinde habendum erit, ac si parato me solvere tu [ex aliqua causa] accipere nolles. [in qua specie non utique semper tuum periculum erit: quid enim, si inopportuno tempore vel loco optulerim?][3])

II. His consequens esse puto, ut etiam, si et emptor nummos et venditor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint, et nummi emptoris periculo sint (utique si ipse eum, apud quem deponerentur, elegerit) et nihilo minus merx quoque, quia emptio perfecta sit.

---

[1]) Nichts mit dem *periculum* haben Ulp. D. 18, 6, 1 §§ 3. 4 zu tun.

[2]) So Haymann S. 124ff., 115 N. 2. — Die anderen Fragmente sind D. 18, 6, 13+15pr.; eod. 5 init.

[3]) Zu dieser Itp.: de Medio, Arch. giur. 68 S. 237f.; Beseler I S. 68; P. Krüger z. d. St.; Haymann a. a. O.; zweifelnd Guarneri Citati, Contrib. alla dottr. della mora S. 66f. Sollte dieses Glossem nicht schon durch die Worte *ex aliqua causa* vorbereitet werden, die unnötig sind und den wahren Sinn (sine iusta causa) eher verdecken?

Im Kaufrecht (Afr. Nr. 99) erörtert Afrikan die Frage, auf wessen Gefahr vom Käufer hinterlegtes Geld gehe. Zu diesem Behufe knüpft er an eine Äußerung des Mela an, der — allgemein von Geldschulden sprechend — die Gefahr dem Gläubiger aufbürdet, auf dessen Geheiß der Schuldner das im Sack versiegelte Geld zwecks Nachprüfung beim nummularius deponiert hat.[1] Afrikan akzeptiert diese Meinung mit einer so wesentlichen Einschränkung, daß seine Zustimmung in Wirklichkeit einer in höfliche Formen gekleideten Ablehnung gleichkommt: *quod verum est, cum eo tamen, ut illud maxime spectetur* = quod falsum est, cum illud maxime spectetur. Die Gefahrtragung des Gläubigers sei nur dann annehmbar, wenn es an ihm liegt, daß die sofortige Nachprüfung des Geldes nicht durchzuführen ist: denn dann sei der Fall freilich dem eines gewöhnlichen Annahmeverzuges vergleichbar. Ist aber nicht dieser besondere Fall, sondern der neutrale[2]) gegeben, daß keiner von beiden die Verzögerung zu vertreten hat, so trägt — das mußte der gebildete Quästionenleser ohne weiteres ableiten — die Gefahr der das Geld einzahlende Schuldner. Also sind auch in dem Themafall, den Afrikan nun (II) mit einer für ihn charakteristischen Wendung einführt, die *nummi emptoris periculo*. Denn der Themafall ist gleichfalls ein „neutraler". Weder Käufer noch Verkäufer sind in Annahmeverzug[3]), sondern beide haben ihre Leistung hinterlegt, *quod invicem parum fidei haberent*, weil jeder der Gegenleistung des anderen mißtraute: der Käufer der Vollwertigkeit, Echtheit des gekauften Silbers,

---

[1]) Über diesen Brauch R. Herzog, Aus der Gesch. d. Bankwesens im Altertum (Abhl. der Gießener Hochschulgesellschaft Bd. 1, 1919) S. 6ff.; Pringsheim, Viertelj. Schr. f. Sozial- u. Wirtschaftsgeschichte 15 S. 513ff., 521 N. 2; Wenger, R.-E. s. v. 'signum', Sonderabdr. S. 9.

[2]) Treffend sagt in diesem Sinne Gradenwitz, SZ. 34 S. 264 „neutrale Hindernisse".

[3]) Von einem unmittelbaren Angebot verlautet nichts. Näher läge es (doch ist es nicht notwendig), daß sie sich auf die gegenseitige Hinterlegung geeinigt hätten (so schon der Casus zur Glosse). Darauf deutet die Hineinbeziehung der Warenhinterlegung, auf die es sonst für das Geldzahlungsproblem gar nicht angekommen wäre.

Schmuckes, Teppichs oder der Tauglichkeit der Stipulationsbürgen, der Verkäufer der Güte oder Zahl der nummi.

Die Geschlossenheit des Gedankenganges leuchtet ein, und so verbietet sich die Tilgung des Hauptfalles II.[1]) Aber dieser hat gewiß mit *deposuerint*, [*et*] *nummi emptoris periculo sint* geendet. Das *utique* — *elegerit* ist als Fremdkörper schon erwiesen.[2]) Daß auch die merx *emptoris periculo* stand, *quia emptio perfecta sit*, ist freilich richtig[3]), aber außer allem Zusammenhang mit der nur die Zahlung betreffenden Erörterung und deshalb wohl der Hand eines durch das *et venditor mercem* zur Vervollständigung gereizten Glossators zuzuschreiben.[4]) Das Nachhinken des Stückes und die dreifache Unterstreichung des bescheidenen Einfalls (et — et; nihilo minus; quoque) sind starke stilistische Symptome.

72. Die zweite Stelle stammt aus Paul. libro tertio Alfeni epitomarum (Alfen. Nr. 52: de emptione et venditione [Lenel]):

D. 18, 6, 13 und 15.

I. 1. (fr. 13) Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit:

2. a) si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.

---

[1]) Haymann läßt nur stehen: *his consequens esse puto ut*; zustimmend P. Krüger z. d. St.

[2]) Haymann S. 126.

[3]) Denn nur dann wäre dem Käufer die Abholung (und Zahlung) nicht zuzumuten gewesen, wenn die Sache wirklich erhebliche Mängel gehabt hätte (siehe oben Nr. 69). Afrikan spricht aber nicht von objektiven Mängeln, sondern nur von subjektivem Mißtrauen. Das betätigt der Käufer auf eigene Gefahr (Nervosität ist nicht erlaubt: Seckel), während der Verkäufer, der die Geldbeutel durch Münzprüfer kontrollieren läßt, nur allgemeiner Übung folgt. Vgl. oben S. 243 N. 1.

[4]) Seckel streicht in Stück II nur den *utique*-Satz und (wie schon Schulz S. 52) den *quia*-Satz, den letzteren, weil er nicht ausreiche, die Befreiung des Verkäufers von der Custodiahaftung zu erklären, auf die der Käufer bei einverständlicher Hinterlegung implicite verzichte. Indessen dürfte in dem *merx*-Fall nur an das technische periculum emptoris, nicht an den niederen Zufall des Custodiagebietes gedacht sein. Vgl. auch unten Nr. 75.

b) (fr. 15pr.) quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset, quo minus traderentur, venditoris periculum erit.

II. (fr. 15 § 1) 1. Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus venditoris:

2. videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.[1])

Zwischen I 2a und 2b steht in der Kompilation als fr. 14: Jul. 3 ad Urs. Feroc. (Jul. Nr. 910):

eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae:[2]) aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret.

78. In I 2 erscheint der Verzug des Käufers und vor ihm — folgerecht — die Tradition als Voraussetzung für den Gefahrübergang, während von Abschluß oder Perfektion des Kaufes nichts verlautet. Das ist der äußerste Gegenpol alles dessen, was bisher als einheitliche, kunstvoll durchdachte Gesamtanschauung der Klassiker zu erschließen war. Und diese Lehre[3]) wird widerspruchslos von demselben Paulus referiert, dem wir die Systematisierung des Perfektionsprinzips (D. eod. 8pr.) und viele Ableitungen aus ihm zu verdanken haben. Aber weder das Perfektionsprinzip[4]) noch die vorliegenden Fragmente 13 und 15 sind mit dem Allheilmittel der Interpolationenschere zu beseitigen, deren allzu leicht geübte Verwendung bald nicht weniger berüchtigt sein wird als die Harmonistik vergangener Zeiten. Ebenso wenig ist ein non liquet[5]) am Platze. Vielmehr bietet sich die Lösung durchaus ungezwungen,

---

[1]) Zu II 2 siehe oben S. 211 N. 3.

[2]) Das Folgende ist aus formalen Gründen (Beseler III S. 185f.; Haymann II S. 75 N. 1) nicht echt. Sachlich wird der Inhalt aus klassischem Urtext entnommen sein: vgl. oben Nr. 16 a. E. und S. 146 N. 1.

[3]) Des Servius oder Alfenus, nicht des Paulus selbst; vgl. zu dem *placet* P. Krüger, Gesch. d. Rechtsqu. S. 71 N. 54 und überhaupt Haymann S. 74.

[4]) So die Exegese von Haymann II S. 72ff., 80.

[5]) Dem Rabel S. 552 nahekommt; vgl. z. d. St. ferner S. 556, 560, 563.

wenn man nur die Besonderheit des von Alfenus gebotenen Tatbestandes zu würdigen versucht. In allen bisher erörterten Fällen ist der die Gefahr verwirklichende Schade — Sklaventod oder Weinsäuerung, Grundstücksuntergang oder -publikation — durch ein einziges Ereignis herbeigeführt worden. An seine Stelle treten hier zwei Begebenheiten, deren erste die zweite bedingt: die Betten wurden auf die öffentliche Straße gestellt und deshalb durch den Ädilen vernichtet. Den behördlichen Eingriff, mag er berechtigt gewesen sein oder nicht[1]), haben die Klassiker ganz ebenso wie die Enteignung in D. 19, 2, 33 ohne Zweifel als einen Akt höherer Gewalt angesehen, gegen welchen die *custodia* des Verkäufers *parum proficit* (vgl. Nerat. D. 19, 1, 31 pr.[2])). Aber dieser Eingriff darf nicht isoliert d. h. ohne die private Handlung betrachtet werden, die ihn ja erst ermöglicht hat. Zunächst wurden die Betten auf die Straße gestellt und dort Gefahren von öffentlicher oder privater Hand ausgesetzt, vor denen sie im Hause geschützt waren. Geschah das in tradendo an den abnahmebereiten Käufer oder gegenüber dem Käufer, der durch Annahmeverzug die Tradition vereitelte, so war es in der Ordnung (Ulp. D. eod. 1, 3: licet autem venditori vel effundere vinum), und aller etwaige Schaden ging deshalb *periculo emptoris* (I 2a). Wurden die Betten dagegen ohne eine solche Veranlassung aus der Behausung entfernt — sei es vom Verkäufer selbst, sei es ohne sein Zutun von seinen Angestellten oder fremden Transportarbeitern[3]) —, so war ohne höhere Gewalt die custodia gebrochen, zu deren Wahrung der Vertrag den Verkäufer verpflichtete. Für die Folgen des Custodiabruches[4]) aber hatte der Verkäufer einzustehen

---

[1]) Der Fall rechnet mit beiden Möglichkeiten; zur actio legis Aquiliae gegen Munizipalädilen Ulp. D. 9, 2, 29, 7 init. Siehe insoweit auch Haymann S. 74. Zur staatsrechtlichen Kompetenz vgl. Mommsen, Staatsrecht II³ S. 506 N. 3, S. 512 N. 3; Weiß, SZ. 37 S. 166 N. 3.

[2]) Diese treffende Wendung darf nicht mit Haymann I S. 331 [und jetzt Vážný, Ann. Palerm. 12 S. 148] verdächtigt werden.

[3]) Man beachte das passivische *positi essent*.

[4]) Die Custodiaverletzung braucht bloß eine objektive zu sein, wie sie es ja auch im Falle des Diebstahl nur ist. Also ist weder „vorsätzlicher Mißbrauch" (Kunkel, SZ. 45 S. 273) noch „Verschulden"

auch dann, wenn sie selbst von einer Macht ausgingen, *cui resisti non potest.*[1]) Das ist ein allgemeiner Rechtssatz, der bei der Haftung des Vindikationsbeklagten (Gai. D. 6, 1, 36, 1; Paul. D. eod. 16, 1), bei der Werkmiete (Lab.-Ulp. D. 19, 2, 13, 1), vor allem aber immer wieder beim Commodatum (Gai. D. 13, 6, 18pr. und D. 44, 7, 1, 4 i. f.; Ulp. D. 13, 6, 5, 7 init., Paul. 2, 4, 3)[2]) hervorgehoben wird. Daß er schon Alfenus bekannt war, bekräftigt die Heranziehung des Namusa (Ulp. D. 13, 6, 5, 7), eines Alters- und Lerngenossen des Alfenus in der Schule des Servius Sulpicius (Pomp. D. 1, 2, 2, 44).

74. Des Alfenus Entscheidung (I 2b) hält sich also streng in der republikanisch-klassischen Linie. Erstaunlich wäre sie nur, wenn sie anders lautete. Ihre Begründung empfängt sie lediglich aus der Custodiahaftung des Verkäufers[3]), die das periculum emptoris nicht ausschließt, sondern voraussetzt. Bedürfte es dafür noch eines weiteren Beweises, so würde er durch Stück II geliefert, das „im engsten sachlichen Zusammenhang zum pr. steht"[4]) und die gleiche Entscheidung an denjenigen Tatbestand knüpft, der den unbestrittenen Musterfall der Custodiahaftung darstellt: das *furto perire.*[5]) Wenn es in Ulp. D. 47, 2, 14 pr. (Nr. 2734): de custodia a venditore praestanda [Lenel] heißt:

I. Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit

und Ulpian selbst der allgemeinen Lehre gemäß kurz vorher (D. eod. 12pr.; 12, 1) und nachher (D. eod. 14, §§ 3. 4. 16.

(Schulz, SZ. 32 S. 84; besser Schulz, Grünhuts Z. 38 S. 52: „abredewidrig") erforderlich. Die *culpa* wird zwar in den im Text folgenden Stellen mehrfach erwähnt; sie ist dort aber, wie meist bereits nachgewiesen, allenthalben insoweit unecht.

[1]) Man vergleiche das *mora perpetuatur obligatio.*

[2]) Keine dieser Stellen ist ganz intakt, aber keine im Hinblick auf den hier gemeinten Satz verdächtig.

[3]) Vgl. über sie oben S. 122 N. 1. [4]) Haymann II S. 76.

[5]) Vgl. insoweit bereits Bechmann II S. 330; Ferrini, Pand. S. 683 N. 1 a. E. und (sowohl zu Stück I wie zu Stück II) Schulz, Grünhuts Z. 38 S. 39.

17) stets aufs neue unterstreicht, daß die actio furti dem Träger des *periculum* gebührt[1]), so braucht man nur den Satz vom logischen Schluß zu verwenden, um auch ohne Überlieferung auf das Ergebnis zu münden, das in II 1 enthalten ist. In diesem Zusammenhang ist die (schlichte) Tradition als der entscheidende Akt allerdings unentbehrlich, weil sie den Verkäufer von der custodia entlastet.[2]) Es ist kein Zufall, daß die Kauffragmente, die, wie wir gesehen haben, kaum je[3]) von der Übergabe sprechen, wenn sie das periculum der höheren Gewalt behandeln, umgekehrt auf die Tradition den Hauptton legen, sobald sie von der custodia reden. So die Äußerung des Celsus[4]), so Papinian (D. eod. 81pr.: *si vendidero neque tradidero servum*)[5]), so Inst. 3, 23, 3a (usque ad traditionem[6])) und namentlich Ulpian, der nicht bloß in D. eod. 14, 1 das Wort des Celsus weiterführt: *adeo autem emptor ante traditionem furti non habet actionem, ut* . . . . ., sondern vorher noch (fr. 14pr.) den klassischen Gegensatz allgemein formuliert:

IV. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.

Das Schweigen des Hauptsatzes von der Tradition ist hier ebenso vielsagend wie das Reden des Nebensatzes.[7])

75. D. 47, 2, 14pr., dessen Anfangs- und Schlußstück (I und IV) soeben wiedergegeben sind, ist aber besonders bemerkenswert deshalb, weil es in die Problematik hineinleuchtet, die den Klassikern aus der Vieldeutigkeit des

---

[1]) Vgl. dazu Schulz, SZ. 32 S. 27. — Näheres darüber unten Nr. 75.

[2]) Siehe oben S. 192 N. 4. [3]) Vgl. oben Nr. 66.

[4]) Auch Gai. D. 18, 1, 35, 4 setzt voraus, daß die *res vendita* noch nicht tradiert ist: sonst hätte der Verkäufer vindicatio und condictio nicht mehr gehabt; vgl. oben S. 146 N. 1.

[5]) Daß es ein *servus* ist, für den normalerweise eine Custodiahaftung nicht bestand, machte für Papinian das Problem aus. Deshalb darf man nicht wie Schulz a. a. O. S. 74 ergänzen.

[6]) Dazu oben S. 145 N. 3.

[7]) Die Byzantiner verstehen diese Feinheit nicht mehr: Bas. 60, 12, 14 (Heimb. V 457) *πρὸ παραδόσεως γὰρ ὁ μὲν κίνδυνος τοῦ ἀγοραστοῦ ἐστιν, ἡ δὲ παραφυλακὴ τοῦ πράτου.*

periculum-Begriffes[1]) erwuchs. Den Sprachgebrauch nach seinen Verwendungsgebieten und Entwickelungstendenzen erschöpfend zu schildern ist eine Aufgabe, die einmal unternommen werden muß[2]), aber im vorliegenden Rahmen schon deshalb nicht gelöst werden kann, weil sie über den Kreis des Kaufes weit hinausragt. Hier muß weniges genügen. In klassischer Zeit bezeichnet *periculum* sowohl die Gefahr des niederen Zufalls wie die des höheren: im ersteren Falle ist es nur ein anderer Ausdruck für die Custodiahaftung, im zweiten Falle ihr striktes Widerspiel. Was im einzelnen gemeint ist, wird selten so technisch formuliert wie in Gai. D. 19, 2, 40 und Ulp. D. 47, 5, 1, 4 *(periculum custodiae)* oder im Reskript von 213 Coll. 10, 9, 1 = C. 4, 65, 1 *(periculum vis maioris)*. Weit häufiger ergibt es sich aus dem Zusammenhang[3]) oder aus dem Gegensatz.[4]) Aber oft gebricht es an einem äußeren Anhaltspunkt. Hier wird die Rechtssprache, die die widersprechenden Bedeutungen nicht wahllos nebeneinander verwendet haben kann, im Bereich dieses oder jenes Rechtsverhältnisses verschiedene Wege gegangen sein: einen anderen z. B. beim Kauf, bei der Leihe, bei der Tutel. Insbesondere für diejenigen Sachschuldner, die im eigenen Interesse *rem alienam tenent domini voluntate* (Paul. D. 47, 2, 86), wie etwa den Kommodatar, den Sach- oder Werkmieter, den Faustpfandgläubiger[5]) kam eine über die custodia der über-

---

[1]) Sie ist anerkannt. In neuerer Zeit: Pernice, SZ. 19 S. 135; de Ruggiero, Bull. 19 S. 64; Rabel, Grundz. S. 484 N. 2 und SZ. 42 S. 554 N. 1; Haymann II S. 82 N. 1.

[2]) Vorarbeiten: Hasse, Culpa² S. 287ff., 420ff.; F. Mommsen, Beiträge z. Obl.-R. I S. 237ff.

[3]) Vgl. einerseits (custodia): D. 13, 6, 5 §§ 13. 14; eod. 10, 1; eod. 21, 1; Inst. 3, 23, 3a, sowie allenthalben bei der Frage der Aktivlegitimation zur a. furti (D. 10, 2, 47, 1; 47, 2, 12pr., § 1; eod. 14 §§ 3. 4. 16. 17; eod. 49, 1; eod. 54, 2; eod. 79); zur stipul. damni infecti (D. 39, 2, 18pr.; eod. 21); zum interd. qu. vi. aut clam (D. 43, 24, 11, 12). Andererseits (vis maior) D. 13, 6, 5, 7; D. 19, 2, 9, 3; eod. 59; eod. 62; 46, 1, 52pr.; C. 4, 23, 1, sowie allenthalben, wo beim Kauf (siehe im Text) und wohl auch beim *dare res aestimatas* kein Zusatz auf die custodia weist.

[4]) Vgl. etwa D. 13, 7, 30; 19, 5, 17, 4 (nur formal unecht) und D. 13, 6, 5 §§ 2. 3 (omne periculum: siehe oben S. 192 N. 5).

[5]) Weitere Typen in Seckel-Heumann S. 117.

lassenen Sache hinausgreifende Haftung gar nicht in Frage: animalium vero casus mortesque quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae tumultus incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. Die negative Formulierung Ulpians (D. 50, 17, 23 i. f.) ist überaus bezeichnend; der Schaden des dominus verstand sich von selbst und war uninteressant, weil er zu einem *praestare debere* nicht führte. Darum konnten die Juristen vom Periculum des Entleihers usw. schlechthin reden und doch gewiß sein, eindeutig im Sinne des *periculum custodiae* verstanden zu werden.[1]) Ganz anders beim Kauf, bei dem, wenn die Ware nicht alsbald tradiert wurde, gerade umgekehrt die custodia dem dominus oblag und die Gefahr der vis maior aut den Nichteigentümer überging. Ein *periculum* trugen hier beide, aber technisch gewöhnte man sich nur im letzteren Sinne vom *periculum* zu reden: das *periculum* stand (perfecta emptione) beim emptor, die *custodia* beim venditor.[2])

Angesichts solch entgegengesetzter Sprachentwickelung entstanden Schwierigkeiten, sobald das Wort auf neutralem Boden zusatzlos gebraucht wurde, wie eben in dem Satze, daß die actio furti demjenigen zustehe, *cuius periculo res est.* Aufgekommen im Bereich der Detention fremder Sachen, konnte der Satz beim Kauf zu der Folgerung verleiten, als ob der Käufer schon vor der Tradition die actio furti habe oder auch habe. Dagegen wendet sich Celsus (fr. 14pr. cit.) offenbar mit der Begründung, daß jener Satz nur die Diebstahlsgefahr meine und diese im Kaufverhältnis nicht der Partei zufalle, die dort das periculum (scil. vis maioris) trage, sondern derjenigen, die für custodia einstehe.[3]) Daran wird sich (mindestens dem Sinne nach) Stück III angeschlossen haben:

quae sententia vera est, et ita et Iulianus,

---

[1]) Vgl. etwa D. 5, 3, 19pr.; 9, 2, 27, 29; 19, 2, 60, 6; 40, 12, 13, 1.

[2]) Soviel ich sehe, sind D. 18, 6, 15, 1 und D. 19, 1, 54pr. die einzigen Stellen, an denen sich das *periculum* beim Kauf nicht auf vis maior bezieht. Zur Erklärung dessen siehe den Schluß dieser Nr. 75. Über D. eod. 5 I siehe unten Nr. 76, über D. eod. 1, 1 oben S. 212 N. 2.

[3]) Dasselbe Problem bestand beim interdictum quod vi aut clam,

worauf Ulpian dann am Schluß (IV) die Träger beider Gefahren beim Kauf determinierte und so die Erörterung auf den Ausgangsfall zurückleitete. Gegen den bedeutsamen Schlußsatz ist weder sachlich noch formal etwas einzuwenden.[1]) Ob die Begründung des Celsus von Ulpian wiedergegeben war, wissen wir nicht. Aber schon die Inskription[2]) spricht dafür, daß sie dastand und durch den *mandare*-Satz verdrängt wurde, der jetzt das Stück II bildet und sicher erst nachgefügt worden ist.[3]) Bereits das Basilikenscholion 3 (Heimb. V 458) verweist dazu auf das insoweit echte D. 18, 4, 21 i. f.: *et si vi deiectus*[4]) *vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit*[5]) und

---

das bis zur Tradition gleichfalls dem custodiapflichtigen Verkäufer gebührte (Schulz S. 53; Kunkel, SZ. 45 S. 278), und so findet sich denn in Ulp. D. 43, 24, 11, 12 unmittelbar eine Gegenüberstellung, die der im Text vermuteten parallel läuft: *nec multum facit, quod res emptoris periculo est: nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere.* Das Fragment, in dem diese Worte stehen, trägt freilich deutliche Zeichen der Verkürzung und Überarbeitung zur Schau (vgl. Lenel, Ulp. Nr. 1597, Schulz a. a. O.), und auch die Worte selbst mit ihrem *contractam* (statt *perfectam*, siehe oben S. 154 N. 1) und dem *nemo dixit* sind formal nicht unverdächtig; sie verdanken ihre Fassung vermutlich der Scheu vor der custodia venditoris. Aber der sachliche Kern stammt von dem Klassiker, den der oben geschilderte Sprachnotstand zu einer Klarstellung geradezu zwang. Haymann II S. 121ff. streicht mehr als die Hälfte des langen Fragmentes ersatzlos weg. — Parallel zu dem § 12 läuft Paul. D. 39, 2, 18, 9 (über dieses fr.: Kunkel S. 280).

[1]) Zutreffend Ferrini, Pand. S. 648 Note; Beseler III S. 189; Kunkel, SZ. 45 S. 278 N. 4; [Vážný, Ann. Palerm. 12 S. 142 N. 1;] anders Lusignani II S. 28ff.; Schulz S. 66f.; Rabel, Grundz. S. 484 N. 2; Haymann I S. 302ff., II S. 123f. Erhalten ist uns der Satz nur darum, weil man sich ihn im Sinne einer *diligentia in custodiendo* zurechtlegte: schol. 5 bei Heimb. V S. 458.

[2]) Siehe oben Nr. 74.

[3]) Beseler a. a. O.; P. Krüger z. d. St.; [Vážný a. a. O. S. 140ff.] und im Ergebnis auch Haymann I S. 302ff. Weitere äußere Merkmale: das eintönige doppelte *eum oportet emptori*; *consequi ex actionibus*: dazu m. Konkurrenz, Register zu Band I und II.

[4]) Bei Paulus stand hier gewiß: ⟨sponsionis summam⟩. So Seckel mündlich in seinem Seminar am 30. Juli 1906.

[5]) Diese Worte sind im wesentlichen echt: so auch Schulz, SZ. 32 S. 73; Beseler III S. 185; Haymann I S. 327; zweifelnd Buckland,

fügt die Frage an: πῶς οὖν ἐνταῦθα τὸ ἐναντίον φησίν; Die Antwort kann nur sein, daß die Byzantiner, die den Verkäufer mangels culpa in custodiendo frei ausgehen ließen (vgl. auch schol. 5 adhl.), ihn folgerecht mit der Herausgabe des stellvertretenden Commodum belasteten. Der Käufer der klassischen Zeit, der aus der custodia heraus Schadensersatz fordern konnte, brauchte dieses Commodum nicht; es mußte ex fide bona dem rückgriffsbedürftigen Verkäufer verbleiben. — Bemerkenswert ist übrigens, wie Ulpian gegen Ende seines Exkurses über die actio furti die Regel im celsinischen Sinne begrenzt (D. eod. 14, 16): *et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, ... furti actiones competere.*

Wenn demgegenüber in unserem D. 18, 6, 15, 1 Servius[1]) dahin respondiert, daß der Diebstahl im Falle der Tradition *emptoris esse periculo, si minus venditoris*, so ist das eine Ausdrucksweise, die Celsus und die Späteren vermieden haben würden, weil sie beim Käuferpericulum stets an vis maior denken. Die Vor- und Frühklassiker scheinen diese Begrenzung noch nicht durchgeführt zu haben. Dafür bietet Labeo in dem echten Anfang von D. 19, 1, 54pr.[2]) einen

Nouv. rev. hist. 41 S. 27f. — Wenn hier der Anspruch des Käufers auf die erstrittenen Strafsummen abgelehnt wird, so beruht das keineswegs darauf, daß ihn „der Verlust der Kaufsache von seiner Kaufpreisschuld befreit" (so Haymann I S. 327). Von einem solchen Verlust sagt das Fragment nichts. Im Gegenteil: der Verkäufer, der sogar die Strafe ausgezahlt erhalten hat, hat erst recht daneben die Sache selbst oder die Litisästimation herausbekommen. In beiden Fällen haftet der Verkäufer dem Käufer auf Erfüllung oder Erfüllungsinteresse, aber nicht auf mehr — ganz ebenso, wie wenn ihm die verkaufte Sache überhaupt nicht genommen worden wäre; für das *litis aestimationem accepi* spricht das Paulus im vorangehenden Satze unzweideutig aus: *utique rem ... praestare debeo.* Aus diesem Grunde fehlt es an jedem Anlaß für ein Praktischwerden der Custodiahaftung, und so erklärt es sich zwanglos, daß Paulus einen Fall der Custodiahaftung (furtum) und einen Fall, der der custodia nicht unterliegt (vi deicere), ohne weiteres nebeneinander stellen kann.

[1]) Vgl. P. Krüger, Gesch. d. Qu. S. 71.

[2]) . . . *ita demum ea res tuo periculo non est, si* . . . soll nicht bloß die Einbuße des Kaufpreises, sondern auch die Ersatzpflicht des Verkäufers für einen gewissen Fall verneinen: Vertragsverletzung und nicht höhere Gewalt ist das Thema. Das *tuo periculo esse* am Schluß der Stelle ist unklassisch. Ausführlich über sie zuletzt Kunkel, SZ. 45 S. 274ff.

unmittelbaren, in D. 19, 2, 62[1]) einen mittelbaren Beleg. In unserer Serviusstelle machte der Tatbestand die Beziehung auf die custodia so zweifelsfrei, daß Paulus die alte Formulierung übernehmen durfte. Und erst recht durfte er es in I, wo ja die Verletzung der custodia in der Tat zum Eingreifen höherer Gewalt Veranlassung gab. Innerhalb der ganzen Darlegung (I und II) aber besteht ein Zwiespalt in der Verwendung von *periculum* nicht.[2]) Vom Verkäufer gesagt bedeutet es beide Male, daß er ersatzpflichtig ist, vom Käufer, daß er ohne Ersatzanspruch zahlen muß. Und beide Bedeutungen sind die einzig möglichen, wo lediglich das periculum custodiae in Frage steht.

76. „Daß an sich ohne Annahmeverzug das periculum beim Verkäufer ist", dafür beruft sich Haymann[3]) ferner auf die erste Hälfte von Paul. 5 ad Sab. D. 18, 6, 5:

> Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari.

Das Fragment läßt, wiewohl durch Verkürzung in seinem sprachlichen Aufbau entstellt[4]), den klassischen Gedankengang doch noch durchschimmern. Aber mit dem *periculum* (vis maioris) beim Kauf[5]) hat es weder nach seinen Worten[6]) noch nach seinem Inhalt etwas zu tun. Der Schadensfall, von dem allein die Rede ist, besteht darin, daß der in specie

---

[1]) Labeo spricht in einem Falle, wo der Werkmieter den durch höhere Gewalt verursachten Schaden tragen soll, noch unbedenklich von dessen *periculum*. Für Paulus dagegen ist das *periculum* des conductor so sehr technisch das peric. custodiae, daß er hier den Ausdruck vermeidet und durch *detrimentum* ersetzt, was von dem vorausgehenden *locatoris periculum* besonders deutlich absticht. — Vgl. auch Ulp. D. 13, 6, 5, 7: wo der Kommodatar den Schaden hat, heißt es *mortis damnum*, wo der Kommodant ihn trägt, *periculum* (zweimal; das dritte *periculum* gehört dem unechten Teil an: Kunkel a. a. O. S. 273f.). — Dies sind nicht Ergebnisse, sondern Anregungen zu systematischer Durchforschung.

[2]) Dies zu Haymann II S. 76f.

[3]) II S. 115f., auch S. 131, 146.

[4]) Haymann I S. 264 zählt die stilistischen Anstöße auf.

[5]) In dem soeben (Nr. 75) präzisierten Sinne.

[6]) Erst die zweite Hälfte spricht davon; aber diese gehört einem anderen Zusammenhang an: oben Nr. 42 gegen Ende.

gekaufte Wein nach Verstreichen des Termins entwendet worden ist *(interceptum esset)*.[1]) Der Verzug des Käufers beendet, wie schon D. eod. 1, 3 und eod. 13 zeigten und besonders deutlich Ulp. D. eod. 4, 2 init. ersehen läßt[2]), die Custodiahaftung des Verkäufers nicht minder als die Tradition, und so kann der Verkäufer Zahlung fordern, ohne seinerseits ersatzpflichtig zu sein. Anders nur dann, wenn er an dem Diebstahl *dolo malo* beteiligt war. Auch das ist im Einklang mit anderen klassischen Äußerungen.[3])

77. Im Vorstehenden hat sich bestätigt, daß der Verzug des Käufers nach Perfektion des Kaufes die Gefahrenverteilung nicht zu beeinflussen vermag, weil die Gefahr schon ohnedies beim Käufer ist. Anders in der Zeit vor der Perfektion. Wird die *emptio contracta* zur *perfecta* nur darum nicht, weil der Käufer mit der erforderlichen Mitwirkung in Verzug kommt (Perfektionsverzug)[4]), so wird er sich ex fide bona auf das Ausstehen der Perfektion nicht berufen dürfen. An der Möglichkeit eines solchen Verzuges ist nicht etwa aus dem Grunde zu zweifeln, daß es vor der Perfektion Vertragspflichten nicht gäbe.[5]) Die Perfektion bedeutet lediglich Abholungs- oder Traditionsreife[6]) und begründet damit eine Abholungslast des Käufers, die sich in der Gefahrüberbürdung äußert. Die beiderseitigen Pflichten dagegen entspringen, wie die Klagformeln erweisen, aus dem *emere vendere*, also aus dem Vertragsschluß. Solcher Pflichten lassen sich auch im Stadium der *emptio imperfecta* mancherlei denken, wie die Ersatzpflicht des Verkäufers aus Custodiaverletzung[7]) oder eine vereinbarte Voraus- oder

[1]) Nur in dieser Bedeutung ist *intercipere* technisch: vgl. Seckel-Heumann h. v.

[2]) Vino autem per aversionem vendito finis custodiae est avehendi tempus: der für die Fortschaffung bestimmte Termin.

[3]) Vgl. Guarneri Citati, Contrib. alla dottr. della mora S. 6f.

[4]) Er braucht nicht notwendig zugleich Annahmeverzug zu sein: Bechmann III 1 S. 181 N. 3.

[5]) So anscheinend Haymann II S. 102.

[6]) Siehe oben Nr. 19.

[7]) Gai. D. 18, 6, 2, 1 (siehe oben S. 192 N. 4).

Anzahlungspflicht des Käufers. Die für dieses Stadium typischen Obliegenheiten aber sind gerade auf Herbeiführung der Perfektion gerichtet.[1] Es besagt wenig, daß ein dies unmittelbar bezeugender Quellenausspruch nur in einem diokletianischen Reskript erhalten zu sein scheint[2]), dessen gegenwärtige Struktur und Gedankenführung überdies wenig durchsichtig ist: (C. 4, 2, 10 +) C. 4, 49, 12 (a. 294) . . . . certae qualitatis ac mensurae distracto vino fidem placitis servandam convenit.[3] Das auf einen imperfekten Kauf aus Vorrat zu beziehen, legt der Gegensatz des *vini mutati, quod certum fuerat comparatum*[4]) doch wohl am nächsten.

78. In welchem Zeitpunkt die Gefahr auf den im Perfektionsverzug befindlichen Käufer übergeht, das ist nicht in allen Fällen gleich geordnet. Gehört zur Perfektion eine Handlung des Käufers, die ein anderer nicht vornehmen kann, so neigte man dazu, die Handlung als in dem Sinne geschehen zu fingieren, daß der Kauf alsbald mit dem Verzuge perfekt ward. So wurde die Regel[5]) *quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset* (Ulp. D. 50, 17, 161 = Jul. D. 35, 1, 24) im Laufe der klassischen Zeit auch auf den bedingten Kauf erstreckt: *ego* (sagt Ulpian in D. 18, 1, 50 gegen Labeo[6])) [*etiam*] *ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.* Entsprechend sieht schon Cato beim Degustationskauf den nicht rechtzeitig gekosteten Wein als genehmigt an (de agr. cult. 148, 4)[7]):

---

[1]) Siehe auch Bechmann I S. 691, II S. 396.

[2]) Außerdem siehe etwa Pomp. D. 18, 1, 8pr. i. f.

[3]) Für Echtheit dieser Worte auch Haymann S. 102.

[4]) Hierzu oben S. 197 N. 5.

[5]) Über ihre Entwicklung neuerdings de Francisci, Synallagma I S. 279ff., Vassalli, Bull. 27 S. 194f. und vor allem Riccobono, Mél. Cornil II S. 341ff.

[6]) Dessen Meinung haben die Byzantiner verfälscht: Beseler II S. 160; Riccobono, SZ. 35 S. 220 N. 3; de Francisci und Vassalli a. a. O.

[7]) Siehe auch oben Nr. 53.

In triduo proxumo viri boni arbitratu degustato. si non ita fecerit, vinum pro degustato erit,

zweifellos mit derselben Folge, die Gaius in D. 18, 6, 16 für den Fall degustationsloser Tradition nennt: *emptoris erit periculum, quia sive non degustavit sive . . . . de se queri debet.*

Ist dagegen die ausstehende Perfektionshandlung auch ohne Teilnahme des Käufers vornehmbar, so bewirkt sein Verzug, daß der Verkäufer sie nunmehr mit vollem d. h. gefahrüberwälzendem Effekt allein vornehmen kann. Das wird vor allem beim *admetiri* praktisch[1]), gleichviel ob es der Preisbestimmung oder der Ausscheidung der Ware aus einem größeren Vorrat dient.[2]) Das Recht zum einseitigen Zumessen bezeugen (für den ersten Fall) ausdrücklich sowohl Cato l. c. 148, 5. 6:

Vinum accipito ante K. Jan. primas. si non ante acceperit, dominus vinum admetietur. quod admensum erit, pro eo resolvito[3])

wie Ulpian in D. 18, 6, 1, 4, und so sind denn, wo auch immer der Gefahrübergang an das *admetiri (adnumerare, adpendere)* geknüpft wird[4]), stets beide Alternativen gemeint: für den Regelfall die zweiseitige Zumessung, die dann normalerweise zugleich den Traditionsakt in sich schließt[5]); für den Verzugsfall die einseitige Zumessung des Verkäufers. Das übersieht, wer Zumessung und Tradition einfach verselbigt.[6]) Die Zumessung ist ohne Tradition

[1]) Hierzu insoweit auch Bechmann III 1 S. 180f.

[2]) Im Sinne der prokulianischen Lehre (siehe oben Nr. 40) scheidet der erstere Fall hier natürlich aus.

[3]) Wobei Cato überdies (148, 7) als Beweismittel für die Zuverlässigkeit der einseitigen Messung aus dem Sakralrecht den Eid des Verkäufers heranzieht.

[4]) Gai. D. 18, 1, 35, 5—7, Paul. D. 18, 6, 5 II, C. 4, 48, 2pr. (hierzu alsbald im Text).

[5]) Insofern ist z. B. gegen Pringsheim, Kauf mit fremdem Gelde S. 73 nichts zu erinnern.

[6]) So Haymann II S. 103, 107f.; dagegen schon Rabel S. 555 N. 1 und auch Haymann selbst S. 117, wenn er die gleiche Verselbigung für byzantinisch erklärt. — Über die Streitfrage im gemeinen Recht namentl. Regelsberger, Krit. Viert. Schr. 13 (1871) S. 109ff.; Brinz, Pand. § 243 N. 10.

möglich, wie ja auch umgekehrt (beim Kauf mit Preis ad mensuram) Tradition ohne Zumessung durchaus denkbar ist. Für die sorgsame Unterscheidung beider Handlungen liefert das vorhin[1]) behandelte Reskript C. 4, 48, 2pr. (a. 223) einen sprechenden Beweis. Mit nichten wird hier der gleiche Akt unsauber das einemal mit *tradere*, das anderemal mit *mensuram facere* bezeichnet.[2]) Sondern es wird für den Kauf aus konkretem Vorrat ausgesprochen, daß der Käufer vor der Tradition (=zweiseitiger Zumessung) der Gefahr nur dann ledig ist, wenn er sich nicht in *mora mensurae faciendae* befindet. Anderenfalls geht die Gefahr schon mit der einseitigen Zumessung über, und die etwa folgende Tradition bleibt insoweit ohne Wirkung.

XII. Verkäuferverzug und Gefahrübergang.

79. Der Geldannahmeverzug des Verkäufers ist für das periculum ohne Belang, weil er das Schicksal des Kaufgegenstandes nicht berührt. Vom Warenleistungs- und vom Perfektionsverzug des Verkäufers wird dagegen erklärlicherweise im großen ganzen die Umkehrung dessen richtig sein, was vom Käuferverzug auszusagen war: in den Fällen der *emptio imperfecta*, in denen der Käuferverzug die Gefahrenverteilung beeinflußte (weil die Gefahr ohne ihn noch beim Verkäufer gewesen wäre), ist der Verzug des Verkäufers von minderer Bedeutung. In der Zeit nach der Perfektion dagegen, in der der Verzug des Käufers ohne Wirkung ist (weil die Gefahr ohnehin schon bei ihm liegt), wird der Verkäuferverzug um so schwerer ins Gewicht fallen.

Demnach überrascht es nicht, daß der Perfektionsverzug des Verkäufers in den Quellen kaum eine Rolle spielt. Denn bis zum *admetiri*, bis zu der Befreiung der Sache von fremdem Besitz oder bis zum Eintritt einer von seinem Willen abhängigen Bedingung trägt der Verkäufer an sich schon das periculum. Anders liegt es nur dann,

---

[1]) Nr. 45.

[2]) Haymann II S. 102 behauptet die Einfälschung des diese Worte enthaltenden Relativsatzes ohne Begründung.

wenn (wie beim Degustationskauf mit festem Termin) es zur Verhinderung der Perfektion einer besonderen Erklärung des Käufers *(degustare + improbare)* bedarf und diese Erklärung durch den Verzug des Verkäufers vereitelt wird (Ulp. D. 18, 6, 4pr.: *deinde per venditorem steterit, quo minus (vina) degustarentur*). Dann fehlte es für die Dauer des Verzuges an der Lieferungsreife: Vor deren Eintritt konnte die Erklärungsfrist für den Käufer nicht ablaufen und daher der Kauf sich nicht perfizieren: *debere dici emptionem manere, periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando praefinitum*[1]): das war die zur Zeit Ulpians (l. c.) herrschend gewordene Lehre, und schon Catos Kaufformular (agr. cult. 148, 4) sah die gleiche Rechtsfolge vor.[2])

80. Der Leistungsverzug des Verkäufers liefert, wie schon der Annahmeverzug des Käufers es tat, eine Probe aufs Exempel. Wäre das Traditionsprinzip das römische, so müßte die Gefahr bis zur Übergabe beim Verkäufer sein, gleichviel ob er sich im Verzug befände oder nicht, und sein Verzug könnte nur die eine Wirkung haben, die Einbuße, die er durch zufälligen Untergang der Sache erleidet, ex fide bona zu einer Ersatzpflicht gegenüber dem Käufer zu steigern.[3]) Lastet das periculum hingegen *perfecta emptione* sofort auf dem Käufer, so führt die mora tradendi[4]) eine markante Rückentwicklung herbei: solange der Käufer infolge eines vom Verkäufer zu vertretenden Umstandes[5]) trotz Anerbietens der Summe die Sache nicht zu erlangen vermag, ist die Sache nicht abholungsreif und die bis zum

[1]) Das folgende *quia per ipsum factum est* ist subjektlos und ärmlich: gewiß Glossem.

[2]) Näheres oben Nr. 53 a. E.

[3]) Diese Ersatzpflicht wurde hier nicht aus einem *perpetuari obligationem*, sondern kraft des *ex fide bona* aus dem *restituere*-Gesichtspunkt heraus entwickelt: Levy, SZ. 36 S. 37f., 46ff.; Genzmer, SZ. 44 S. 115f.

[4]) Zu deren Tatbestand bei Holschulden: Siber, SZ. 29 S. 60.

[5]) War die Sache einmal lieferbar, der Kauf also perfekt, so fällt ein Aufhören der Lieferbarkeit, das nicht einmal durch custodia venditoris verhindert werden konnte, selbst schon in den Bereich des periculum emptoris: z. B. in der Nacht nach dem Vertragsschluß werden die

Eintritt der mora perfekt gewesene emptio (wieder oder erstmals) imperfekt geworden; sie bleibt das folgerecht, bis der Verzug sein Ende nimmt und damit die Sache dem Käufer wieder zur Verfügung steht. Nur der letztere Standpunkt ist der der Quellen, die beim normalen Kauf vom periculum emptoris unzweideutig eine Ausnahme machen für den Fall, daß der Verkäufer in Traditionsverzug gekommen ist.

C. 4, 48, 4 (a. 239):

> Cum inter emptorem et venditorem [contractu sine scriptis inito][1]) de pretio convenit moraque venditoris in traditione non intercessit, periculo emptoris rem distractam esse in dubium non venit.

Gegenüber diesem klaren Zeugnis erübrigt sich jede Erläuterung. Ebenso deutlich ist das schon oben[2]) wiedergegebene C. eod. 6 (a. 294), dessen Worte *etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam* nur den Zweck haben, die Gefahr des Käufers auf den Fall zu beschränken, daß der Tod der gekauften Sklavin nicht während eines Traditionsverzuges des Verkäufers eingetreten ist.[3]) Der (vermutlich griechische) Käufer hatte in concreto die Zahlungsverweigerung anscheinend darauf gegründet, daß die Sklavin schon vor der Tradition gestorben war.

---

gekauften Perlen von Einbrechern mitgenommen oder der gekaufte servus non fugitivus und non custodiendus reißt aus. Kommen alsdann Perlen oder Sklave in beschädigtem Zustand zurück, so kann sich der Käufer nicht darauf berufen, daß die Schädigung in einer Zeit eingetreten sei, in der ihm die Abholung verwehrt war. Es war seine Sache, schon vor jener Nacht zu holen und zu zahlen. Nur mora = vom Verkäufer zu vertretender Leistungsaufschub ändert die Gefahrenlage.

[1]) Zu der Interpol.: Haymann S. 145; siehe auch oben S. 143 N. 6.

[2]) Nr. 70 a. E.

[3]) Dies zu Haymann, der sich (II S. 145ff.) beide Reskripte (4 und 6) nur dadurch zu erklären weiß, daß er das *sine mora venditoris* in ein *propter moram emptoris* umdeutet und so die „neutralen" Fälle (oben S. 243 N. 2) übersieht. Gegen dieses Verfahren bereits Rabel S. 545f. (vgl. S. 549).

81. Dazu kommen zwei Digestenstellen, die von der bekanntlich[1]) gleich einem Kauf behandelten dos aestimata sprechen und vielleicht schon im Zuge des ulpianischen Kommentars so eng ineinander gegriffen haben, wie sie sich nun in der Kompilation folgen:

Ulp. 34 ad Sab.[2]) (Nr. 2787: de dote aestimata . . .)

D. 23, 3, 14:

Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in traditione in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto.

Pomp. 14 ad Sab. (Nr. 603: de dote aestimata . . .) D. eod. 15:

Quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert ac si tradidisset, quia quod evenit emptoris periculo est.

Also: die Ehefrau (= Verkäuferin) kann nach der Ehelösung die aestimatio (= den Kaufpreis) der vor der Tradition untergegangenen Dotalsache nicht fordern, wenn sie mit der Tradition im Verzuge war; fordern, wenn *per eam non stetisset (quo minus traderetur)*. Das ist genau die Lösung, die wir nach der gesamten Quellenlage zu erwarten haben.[3]) Sie wird nicht dadurch beseitigt, daß die kurzen Fragmente formale Änderungen erlitten haben. Das *in dotem dederit* (fr. 14), das zu dem Traditionsverzug nicht passen will, ist erklärt, wenn es ursprünglich *i. d. mancipio dederit* oder (wahrscheinlicher) *dotem dixerit* hieß. Subjekt des *deinde*-Satzes könnte die speziell bezeichnete Sache gewesen sein, die auch im Anfang durch das verallgemeinernde *rem* ersetzt worden sein mag. Im fr. 15 ist das ungeschickte *quia*-Stück wohl unecht[4]), sei es als nachgefügte Glosse oder als Textverkürzung. Für den dogmatischen Kern ist das alles ohne Belang. Daß Pomponius dem nichtsäumigen Ver-

---

[1]) Siehe auch D. 23, 3, 10, 4. 5 (oben Nr. 34). — Vom periculum eines zum Schätzungswerte verpachteten servus handelt in gleichem Sinne Paul. D. 19, 2, 54, 2.

[2]) So mit Recht Lenel statt des überlieferten *ad edictum*.

[3]) Haymann II S. 117 N. 4, S. 130ff., 146 denkt ohne jeden Anhalt in den Stellen wiederum (vgl. oben S. 259 N. 3) an Annahmeverzug des Käufers.

[4]) Vgl. insoweit auch Schulz S. 51.

käufer eine erfolgreiche actio venditi in Aussicht stellt, *perinde . . . . ac si tradidisset*, versteht sich vom Stand des 2. Jahrhunderts aus ohne Schwierigkeit: dem nicht tradierenden Verkäufer kann der Käufer *ex fide bona* grundsätzlich die Zahlung weigern[1]); geht das Unterbleiben der Übergabe aber wie hier zu Lasten des die Gefahr tragenden Käufers selbst, so steht der Verkäufer da, *ac si tradidisset*.

82. Endlich erhellt das Gewicht der *mora in tradendo facta* aus Paul. 16 quaest. D. 18, 4, 21, diesem langen Fragment, dessen ganze Fragestellung schon, wie Rabel[2]) treffend hervorgehoben hat, mit dem periculum emptoris steht und fällt. Trotz mancherlei Umrankungen ist der Gedankengang im wesentlichen paulinisch, und das gilt insbesondere von dem hierher gehörigen Stück:

> nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci[3]), [pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur] et sic sit, quasi alii non vendidissem: [tibi enim rem debebam, non actionem].[4])

Der Verkäufer, der in tradendo nicht in Verzug ist, schuldet nach dem Tode des verkauften und nicht übergebenen Sklaven *ex empto nihil*, weil er eben die Gefahr nicht trägt. Hat er aber infolge des Unterganges ein Commodum erhalten, so ist er ex fide bona zur Ausantwortung an den Käufer verpflichtet.[5]) Diese Sätze bilden die sichere Basis für die von Paulus allein aufgeworfene Frage, ob ein von einem zweiten Käufer des Sklaven empfangener Kaufpreis als ein derartiges Commodum zu erachten sei — dasselbe Problem der Kausalität zwischen Untergang und Commo-

---

[1]) Siehe auch oben S. 139 N. 2, S. 234 N. 1.

[2]) S. 547 f., bes. S. 548 N. 1 (gegen Haymann I S. 325 f.).

[3]) Den *quoniam*-Satz zu tilgen (so Beseler III S. 117, Genzmer, SZ. 44 S. 153 N. 1) besteht kein Anlaß.

[4]) Ebenso athetiert Haymann I S. 322 ff., der aber von der unklassischen Form der beiden Sätzchen auf ihren unklassischen Inhalt schließt.

[5]) Siehe oben Nr. 16 a. E.

dum, das ja noch heute ein Problem ist.[1]) Paulus verneint die Kausalität *(sic sit quasi alii non vendidissem)* und damit die Herausgabepflicht des Verkäufers, wobei die beiden *enim*-Begründungen nur aus formalen Gründen Glosseme sein dürften, sachlich aber nichts Falsches sagen. Das Nähere gehört nicht hierher, um so mehr aber die Betonung, daß vom Standpunkt einer Gefahrtragung des nicht säumigen Verkäufers aus für die diskutierten Ersatzansprüche jede Grundlage entfiele.

Schluß.

83. Es soll nicht behauptet werden, daß in der nunmehr abzuschließenden Erörterung sämtliche äußeren Belegstellen[2]) und inneren Argumente[3]), die sich für die Gefahrtragung des Käufers im klassischen Recht anführen ließen, Verwendung gefunden hätten. Auch die Antwort auf die Angriffe, die gegen diese Regelung der Gefahr gerichtet worden sind[4]), war weder Selbstzweck noch Gliede-

[1]) Vgl. etwa Siber-Planck, Komm. 2c zu BGB. § 281; Reichsgericht Bd. 105 S. 84ff.

[2]) Nicht erwähnt z. B. Pomp. D. 18, 3, 2 i. f., Scaev. D. 18, 6, 11; Paul. D. eod. 7 pr. Die Fragmente sprechen für sich selbst; zu den letzteren beiden siehe auch Rabel S. 556.

[3]) Nicht erwähnt wurde z. B. die Pflicht des Käufers, die *ante traditionem*, aber *post perfectam venditionem* vom Verkäufer gemachten notwendigen Aufwendungen zu ersetzen: Ulp. D. 19, 1, 13, 22 (vgl. auch Ulp. D. 18, 4, 2, 17), C. 4, 49, 13; eod. 16 (i. Verb. mit C. 4, 48, 6), beide vom Jahr 294. Diese Verpflichtung wäre, falls der Verkäufer die Gefahr trüge, vollkommen sinnlos. Sie ist ein versteckter und um so schlagenderer Beweis für das periculum emptoris. Vgl. bereits Rabel S. 548f., 564, dazu S. 545 N. 3; siehe auch Riccobono, Dal diritto classico S. 231 f. und sonst. Wenig plausibel Biondi, Jud. bon fid. I S. 144ff.

[4]) Zuerst hat C. Arnò in acht kleineren Schriften (1897—1910; Übersicht bei Haymann II S. 45 N. 3) das periculum venditoris bis zur Tradition als klassisches Prinzip zu begründen versucht, aber wenig Anklang gefunden. Um so größer war der Erfolg der These, als sie F. Haymann in ausführlicher Darlegung (II S. 44—185) 1920 auf den Schild erhob. Für ihn erklärten sich: Mitteis (in Sohm, Institutionen [17. Aufl., 1923] S. 427 N. 8); Arangio-Ruiz, Istit. I (1921) S. 231ff.; Albertario, Arch. giur. 86 (1921) S. 248; Guarneri Citati, Gli effetti del pactum de non praestanda evictione (Sonderabdruck aus Annali Palerm. Band 8, 1922) S. 48 N. 3, S. 56; Konstantinovitch,

rungsmaßstab. Nur Nebenbemerkungen galten der Abwehr.[1]) Worauf es ankam, das war der Versuch, die klassische Lehre von den Voraussetzungen des Gefahrüberganges beim Kauf oder — anders ausgedrückt — die Lehre von der Perfektion und ihren Hindernissen unmittelbar aus den kritisch gemusterten Quellen positiv im Zusammenhang aufzubauen. Ist der Versuch gelungen, so dürfte damit zugleich ein „in sich geschlossenes, künstlerisch vollendetes System“[2]) aufgezeigt sein, das im ganzen wie in jedem seiner Glieder das *periculum emptoris perfecta emptione* nicht nur als möglich erscheinen läßt, sondern betont, voraussetzt und fordert. Wenn einmal der Tag kommt, an dem der Hyperkritizismus unserer Zeit sich vor dem Forum der Geschichte zu verantworten haben wird, dann wird die Anklage sich kaum auf einen peinlicheren und schwerer wiegenden Fall stützen können als den des *periculum emptoris*.

Le periculum rei venditae en droit romain (Thèse Lyon 1923; 304 Seiten. Das Buch folgt in der Hauptsache Haymann und wurde deshalb hier nur vereinzelt besonders angeführt); Huvelin, Revue historique de droit 3 (1924) S. 318ff.; in der Hauptsache auch Arnò, Nuovi studi su Cassio (1925) S. 19ff. — Rabel, der schon 1915 (Grundzüge S. 483f.) eine „neue textkritische Untersuchung“ verlangt und selbst auf mittlerer Linie eine mehr kasuistische Gruppierung der Gefahrentatbestände angeregt hatte, behielt diesen Standpunkt auch Haymann gegenüber im wesentlichen bei (SZ. 42 [1921] S. 543—564) und fand damit Zustimmung bei Wenger (in Sohm, Inst.: siehe oben), San Nicolò (Czyhlarz, Institutionen [18. Aufl., 1924] S. 239 N. 1), Betti, Bull. 34 (1925) S. 230 Note, Kunkel, SZ. 46 (1926) S. 434, wohl auch Crome, Grundz. des röm. Privatrechts, 2. Aufl. (1922), S. 162 N. 8. Inzwischen aber begann die Gegenbewegung. 1923 erschien Seckels Akademiebericht, 1924 rückte Rabel, Rhein. Zeitschr. 13 S. 285 = Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1925) S. 7 energisch von Haymanns Lehre ab und erklärte sie für einen Irrtum. Vgl. jetzt auch J. Paris (ob. S. 122 N. 1 a. E.) S. 236ff. und Stoll unten in der Übersicht über die italienische Rechtsliteratur (bei der soeben erwähnten Schrift von Guarneri Citati).

[1]) Lediglich der Abwehr gewidmet ist der zu begrüßende Aufsatz von Ch. Appleton, Rev. hist. 5 (1926) S. 375—417, dem eine Fortsetzung folgen soll. Der Aufsatz kam mir erst nach der vollständigen Niederschrift der vorstehenden Abhandlung zu Gesicht und ist an keiner Stelle mehr verwertet worden. [2]) Vgl. Seckel, SZ. 45 S. 393.

VII.

Untersuchungen zum römischen Staats- und Wirtschaftsrecht.

1.

Wesen und Ursprung des römischen Prinzipats.

Von

Herrn Professor Dr. jur. et phil. **Ernst Schönbauer**

in Wien.

Einleitung.

In dem Tatenbericht des Augustus hat seit jeher der Satz besonderes Interesse hervorgerufen, in dem der Kaiser selbst seine Stellung im Staate — nach dem denkwürdigen 13. Januar des Jahres 27 v. Chr. — dargestellt zu haben scheint. Im Monumentum Ancyranum ist nur der griechische Text davon vollständig erhalten. Er lautet (gr. 18, 6ff.): „*ἀξιώμ[α]τι πάντων διήνεγκα, ἐξουσίας δὲ οὐδέν τι πλεῖον ἔσχον τῶν συναρξάντων μοι.*“ Darnach ergänzte Mommsen den lateinischen Wortlaut, der an der entscheidenden Stelle unterbrochen ist, folgendermaßen: „Post id tem[pus praestiti omnibus dignitate, potest]atis au[tem n]ihilo ampliu[s habui quam qui fuerunt m]ihi quoque in ma[gis]tra[t]u conlegae.“ Mommsen gab also das entscheidende Wort *ἀξίωμα* mit dignitas wieder. Die Richtigkeit dieser Ergänzung wurde seither niemals in Zweifel gezogen, obwohl frühere Schriftsteller[1]) den griechischen Ausdruck mit dem lateinischen Worte auctoritas wiedergegeben hatten.

Durch einen außergewöhnlichen Glücksfall wissen wir aber jetzt, daß Mommsens Ergänzung nicht zutreffend ist. Bei den Grabungen, die im Sommer 1914 unter der Leitung von W. M. Ramsay an der Stätte des pisidischen Antiochia vorgenommen wurden, fand man nämlich Bruchstücke einer

---

[1]) z. B. Franz. Vgl. Heinze, Hermes 1925, S. 348.

lateinischen Tempelinschrift, die sich als eine zweite Fassung der Res Gestae Divi Augusti herausstellte. Die neue Lesung verdanken wir Premerstein, der die einzelnen Bruchstücke der Inschrift nach den Angaben von Ramsay in scharfsinniger Weise und mit glänzendem Erfolge unter Zugrundelegung des Textes von Ancyra einreihte. Dadurch ist die von Mommsen abgelehnte Lesung auctoritate als gesichert zu betrachten.

Von Premerstein und Ramsay haben wir eine umfassende Ausgabe des Monumentum Antiochenum zu erwarten. Schon jetzt aber liegen einige wertvolle Abhandlungen vor, die dem neuen Wortlaute gerecht zu werden suchen. Premerstein selbst hat sich nicht mit der Herstellung des Textes begnügt, sondern bot in einem aufschlußreichen Aufsatze (Hermes, Jahrgang 1924, S. 95ff.) „Zur Aufzeichnung der Res Gestae Divi Augusti" auch gute Beobachtungen zur Erläuterung des Begriffs auctoritas. Fast gleichzeitig behandelte Viktor Ehrenberg ebenfalls das Monumentum Antiochenum in einer interessanten Abhandlung (Klio, Jahrgang 1924, S. 189ff.) und wies auf die große Bedeutung der neuen Fassung hin. Vom philologischen Standpunkte ausgehend, unternahm es seither R. Heinze (Hermes, Jahrgang 1925, S. 348ff.), die mannigfaltigen Bedeutungen des Wortes und die Entwicklung des Begriffes auctoritas darzulegen.

Es fragt sich nun, ob aus der neuen Lesung für die Erkenntnis der staatsrechtlichen Stellung des Augustus Gewinn gezogen werden kann. Während die genannten Forscher und auch Wenger[1]) dies bejahen, bestreitet es O. Th. Schulz in der Einleitung zu seiner neuesten Schrift „Die Rechtstitel und Regierungsprogramme auf römischen Kaisermünzen"[2]) aufs entschiedenste. Es wäre aber außerordentlich bedauerlich, wenn nicht wenigstens der Versuch unternommen würde, den nun gesicherten Wortlaut für die staatsrechtliche Erkenntnis zu verwerten. Denn die Litera-

---

[1]) „Von der Staatskunst der Römer", Rektoratsrede 1925, S. 38, Anm. 28.

[2]) Siehe unten S. 266 Anm. 3.

tur des letzten Jahrzehnts über die Zeit des Prinzipates und die unmittelbar vorhergehende Zeitepoche läßt, so reichhaltig sie ist, eine Einheitlichkeit der Auffassung keineswegs erkennen.

Neben den älteren Werken von Domaszewski[1]) und Gardthausen[2]) über Augustus seien aus der neueren Literatur vor allem drei Arbeiten von O. Th. Schulz[3]) genannt: 1. „Das Wesen des römischen Kaisertums der ersten zwei Jahrhunderte"; 2. „Vom Prinzipat zum Dominat", und 3. die obengenannte Abhandlung „die Rechtstitel und Regierungsprogramme". Schulz stand bei seiner ersten Schrift stark unter dem Eindrucke von Eduard Meyer, der im Jahre 1903 einen Vortrag über „Kaiser Augustus" gehalten hatte (aufgenommen in „Kleine Schriften" 1. Bd. S. 441 ff.). — Schon in diesem Vortrage war auch Meyers Auffassung der staatsrechtlichen Stellung Cäsars zum Ausdrucke gekommen. Im Jahre 1918 ließ aber Meyer ein neues großes Werk „Cäsars Monarchie und das Prinzipat des Pompejus"[4]) erscheinen, eine Arbeit, die schon in ihrem Titel die vorgetragene These verrät. Das bedeutsame Werk hat lebhafte Zustimmung und heftigen Widerspruch ausgelöst.[5]) Für die Frage des Prinzipates des Augustus ist das Werk deswegen von großer Bedeutung, weil es in Ciceros staatsphilosophischen Schriften bereits die Gestaltung des Staates unter Augustus klar zu erkennen glaubt. Unmittelbar vorher hat auch R. Reitzenstein in den Nachrichten der Göttinger Gesellschaft der Wissenschaften (1917, S. 399 ff., 481 ff.) „Die Idee des Prinzipats bei Cicero und Augustus" geistvoll vorgetragen.[6]) Auf demselben Gebiete — aber in anderer Richtung — bewegt sich

---

[1]) Geschichte der römischen Kaiserzeit, I. Bd.

[2]) Augustus und seine Zeit.

[3]) Drerups „Studien zur Geschichte und Kultur des Altertums", VIII. Bd., 2. Heft; IX. Bd., 4./5. Heft; XIII. Bd., 4. Heft.

[4]) 2. Aufl. 1919.

[5]) Vgl. die Übersicht bei Wenger, Krit. Viertelj. 1923, S. 72.

[6]) Als Erwiderung auf Heinzes Ablehnung (Hermes 1924, S. 73 ff.) in vermittelnder Fassung nochmals zusammengefaßt (Hermes ebda., S. 356 ff.). Vgl. unten S. 310 ff.

ein Aufsatz Domaszewskis über „die philosophischen Grundlagen des augusteischen Prinzipates“[1]), in dem er darlegt, daß der Prinzipat des Augustus vielmehr auf der Staatsphilosophie der Griechen unmittelbar und nicht auf Ciceros Schriften beruhe.

Die Darstellung von Schulz hat Zustimmung und Ablehnung erfahren.[2]) Unter den zustimmenden Äußerungen verdient vor allem die Kromayers hervorgehoben zu werden. Dieser Forscher hat seinerzeit in seiner Dissertation „Die rechtliche Begründung des Prinzipats“ die Frage behandelt, seither wieder im dritten Bande der von ihm und Ludo Hartmann herausgegebenen „Römischen Geschichte“, vor allem aber in dem Werke „Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer“[3]) (2. Aufl. 1923, S. 317 u. 318ff.). Unter den Gegnern von Schulz sei vor allem M. Gelzer genannt, der seine eigene Auffassung über Augustus außer in der Besprechung[4]) der ersten Schrift von Schulz in der Abhandlung „Caesar und Augustus“ des Sammelwerkes „Meister der Politik“[5]) vortrug.

Als neueste Darstellung der Zeit des Augustus sei die große Arbeit von H. Dessau „Geschichte der Römischen Kaiserzeit“[6]) genannt, deren erster umfangreicher Band nur die Zeit des ersten Prinzeps behandelt.[7])

---

[1]) Festgabe für Eberh. Gothein, 1923.

[2]) Vgl. Wenger a. a. O., S. 75. Zur letzten Schrift von Schulz die wichtigen Besprechungen von Kübler, diese Zeitschr. 46. Bd., S. 388ff.; Kubitschek, Numismatische Zeitschr., Wien, 18. Bd., S. 147ff.; Regling, Zeitschr. f. Numismatik, 35. Bd., S. 309ff. Alle im wesentlichen ablehnend.

[3]) In „Kultur der Gegenwart“, herausgeg. von P. Hinneberg. Kromayer über „Staat und Gesellschaft der Römer“ S. 215—363.

[4]) S. Wenger a. a. O.

[5]) Herausgeg. von E. Marcks u. R. A. Müller. I² (1923), S. 147ff.

[6]) Berlin 1924; 1. und 2. Bd. erschienen.

[7]) Die Literaturangaben erheben keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit. — Sonst wären zu nennen: Mommsen, Röm. Gesch. V; Schiller, Gesch. d. röm. Kaiserzeit I, II; Hahn L., Das Kaisertum (1913); Hirschfeld, Kl. Schriften, S. 901ff.; Pöhlmann, Aus Altertum u. Gegenwart, S. 245ff.; Asbach Raumers Hist. Taschenbuch (6 F.), S. 7; Leifer, Einheit d. Gewaltgedankens, S. 9ff.; Girard, Man. S. 53f.; Merivale, History of the Romans under the Empire; Kornemann,

I. Überblick über die Lehrmeinungen.

Selbst ein kurzer objektiver Bericht über sie ist außerordentlich schwierig, weil wir bei denselben Schriftstellern verschiedene Formulierungen finden. Im großen und ganzen darf aber wohl gesagt werden, daß die heutige staatsrechtliche Lehre doch noch vorherrschend auf Mommsen beruht. Seine Autorität wirkte Jahrzehnte lang ungebrochen fort. Erst Schulz will sich bewußt in Gegensatz zu ihm stellen. Aber das, was Schulz vor allem bekämpft und worin ihm m. E. die Widerlegung gelungen ist, betrifft nicht die ganze Lehre Mommsens, sondern nur die Formulierung des Prinzipates als einer Staatsform, der durchaus der Begriff der Legitimität fehle. Sie hängt mit Mommsens Ansicht über die Gewinnung des Imperiums durch den Princeps zusammen. In der etwas abgeschwächten Formulierung, die er seiner Lehre im „Abriß des römischen Staatsrechts" gegeben hat, heißt es (S. 194f.): „.. Vielmehr lehnt die Gewinnung des monarchischen Imperium äußerlich sich an diejenige Form an, durch welche der republikanische Oberbeamte den Imperatorentitel erhält, das ist tatsächlich entweder durch Zuruf der Truppen oder nach Aufforderung des Senats, rechtlich nach eigener freier, durch die bezeichneten Akte lediglich gerechtfertigter Willkür ... Wohl wird dieses Imperium gedacht als hervorgehend aus dem Volkswillen, aber es drückt sich dieser dabei aus nicht in der geordneten Form der Comitien, sondern das Volk wird hier repräsentiert sei es durch das Heer oder einen beliebigen Heerteil, sei es durch den Gemeinderat. Hiemit wird also jede Auflehnung gegen den derzeitigen Inhaber der Gewalt insoweit legalisiert, daß für die Rechts- vielmehr die Machtfrage eintritt; folgerichtig aber ist diese staatsrechtliche Theorie, und die Geschichte des Prinzipats ist ihr praktischer Ausdruck. Legitim ist jeder, der zum Augustus ausgerufen wird, wenn er auch nur vorübergehend zum Besitz der Macht gelangt."

Mausoleum und Tatenbericht des Augustus; Kärst, Stud. z. Entwicklg. u. theoret. Begründung der Monarchie im Altertum. Vgl. ferner Hardy, The Monumentum Ancyranum; Robinson, The deeds of Augustus, Baltimore 1926.

Aus dieser Formulierung ist zu ersehen, daß sie nicht ganz mit derjenigen übereinstimmt, die in Mommsens Staatsrecht[1]) erscheint und von Schulz bekämpft wird. Die Polemik war aber schon zur Zeit ihres Erscheinens kaum mehr von grundlegender Bedeutung; denn gerade die Rechtshistoriker haben die Ausführungen Mommsens in diesem Punkte nur zum Teil rezipiert. Zum Beweise sei etwa die Darstellung von Bruns-Lenel „Geschichte und Quellen des römischen Rechts“[2]) hervorgehoben: „Die beiden Grundlagen des kaiserlichen Imperiums sind die prokonsularische und die tribunizische Gewalt (potestas); die erste übernimmt der Kaiser rechtlich auf Aufforderung des Senates, tatsächlich freilich oft genug auf die des Heeres; die zweite wurde ihm noch im 2. Jahrhundert n. Chr. formell durch einen Volksbeschluß übertragen.“

Allerdings hat Schulz — gegen Mommsen — auch positiv eine Lehre über das eigentliche Wesen des römischen Kaisertums der ersten zwei Jahrhunderte aufgestellt und sie jüngst durch Heranziehung der Münzen aufs neue zu stützen versucht. Schulz sieht unter dem Prinzipate des Augustus und Tiberius das republikanische Staatsrecht erfüllt; dieser Prinzipat sei nicht eine Durchbrechung, sondern im Gegenteil die feinste Ausgestaltung, die Quintessenz des bestehenden Rechtes und damit vielleicht die subtilste Schöpfung des römischen Rechtsgeistes überhaupt. In seiner letzten Schrift formuliert er seine Hypothese wohl noch schärfer[3]): „Abermals gewinnen wir einen Blick für die Richtigkeit des römischen Prinzipats als Treuhänders der Republik, ... indem sich ... die Fäden zwischen der alten Republik und der sogenannten ‚neuen‘ Staatsform immer enger verweben. Und wer sich vergegenwärtigt, welches nationale Hochgefühl im Sichwiederbesinnen auf sich selbst und echtes Römertum die besten Geister der augusteischen Zeit ... durchglühte, versteht vollends, daß Augustus' Prinzipat nur als Erfüllung und Vollendung der *πάτριος πολιτεία*, doch nie und nimmer als Umschleierung und

---

1) II³, S. 841 ff.

2) Holtzendorfs Enzyklopädie, 7. Aufl., 1915, S. 347.

3) Einl. S. VIII.

Beginn der Römerart zuwideren ‚Monarchie‘ gedacht werden konnte.“

Würden diese Thesen durchdringen, dann wäre natürlich Mommsens Lehre auch in anderen Teilen nicht zu halten. Es wäre das vor allem Mommsens These von der Dyarchie, der gegenüber Schulz den unveränderten Fortbestand der republikanischen Verfassung behauptet, wobei er dem Senate allein die Verleihung wie Entziehung des Imperiums und aller übrigen Ämter und Befugnisse des Prinzeps zuerkennt. Es habe nur eine staatsrechtlich denkbare Instanz gegeben, die kraft eigener Initiative dem Prinzeps sein Imperium und alle anderen Befugnisse und Rechte verlieh, und nicht zwei, wie Mommsen habe erweisen wollen (Wesen, S. 28).

Auch Kromayer hat sich gegen die Lehre von der Dyarchie ausgesprochen (Staat und Gesellschaft der Römer S. 319): „Der Ausdruck Dyarchie, den man für die Staatsorganisation des Augustus vorgeschlagen hat, ist also staatsrechtlich betrachtet unzutreffend und nur insoferne richtig, als die Kreise der kaiserlichen Verwaltung und der Senatsverwaltung sich tatsächlich als die zwei Hälften eines Ganzen darstellen.“ Und etwas früher (S. 317—18) erklärt er, daß sich Augustus bei der Begründung seiner Herrschaft, die er bescheiden nur als Prinzipat bezeichnete, durchaus an republikanische Formen gehalten habe: „Das Kaisertum des Augustus und seiner nächsten Nachfolger ist also der Form nach nichts weiter als eine aus mehreren republikanischen Ämtern zusammengesetzte, vom Standpunkte des Staatsrechtes aus rein zufällig auf denselben Träger vereinigte Summe von Einzelbefugnissen, nicht einmal eine einheitliche Magistratur.“

Die Lehre von der Dyarchie finden wir indessen bei Mommsen selbst (Abriß S. 340ff.) nicht strenge durchgeführt: „... Die Vorherrschaft, welche der Senat tatsächlich immer mehr und namentlich in dem letzten Stadium der Republik immer unverhüllter sich vindiziert, wurde ihm unter dem Prinzipat in der Weise formell verliehen, daß er seine frühere Machtstellung gleichzeitig verlor ... Andererseits sind ... die formalen Souveränitätsrechte, die freie

Strafgewalt, die Wahlen der Beamten, die Gesetzgebung auf ihn übergegangen, freilich nicht, ohne daß in jedes derselben die kaiserliche Befugnis übergriff und das prinzipiell hierin ausgesprochene System, den Senat zum Träger der Gemeindesouveränität zu machen, im Ergebnis mehr oder minder eludierte." Lautet schon der letzte Satz nicht derart, daß sich ein scharfer Gegensatz von Dyarchie, Monarchie und Republik ergäbe, so spricht Mommsen an einer anderen Stelle fast in der Art, wie Schulz jetzt den Prinzipat betrachtet. Er sieht nämlich in der Jahresbezeichnung nach den Konsuln „sozusagen" den rechtlichen Ausdruck des formalen Fortbestehens der Republik (Abriß S. 198). Anderswo faßt er allerdings den Prinzipat wesentlich anders. So findet er (Abriß S. 193) in der Personalbenennung das der Monarchie eigene personale Hinausgehen des Monarchen aus der bürgerlichen Gemeinschaft zu scharfem und bezwecktem Ausdruck gelangt; in der Benennung „Augustus" das Symbol der also geschaffenen Monarchie und auch gegenüber den minderen Teilhabern an derselben das Distinktiv der vollen Kaisergewalt, in Kaiser Augustus selbst den „Stifter der Monarchie".

Selbst Mommsen ist es also nicht gelungen, das Wesen des Prinzipates in streng durchgeführter staatsrechtlicher Terminologie klarzustellen. Aber als seine Grundanschauung darf wohl gelten, daß der Prinzipat des Augustus noch unter den Begriff der Magistratur fällt, wenn diese als Ausfluß und Organ der Volkssouveränität gefaßt wird, wie es dem prinzipiellen Standpunkt der späteren Republik entspricht (Abriß S. 198). Dieser Begriff schließt dann auch den Monarchen ein. Die Auffassung des Monarchen als des höchsten Vertreters der souveränen Staatsgemeinde sei dem Prinzipat wesentlich homogen, wenngleich der einigermaßen hybriden von gegensätzlichen Tendenzen beherrschten Institution weder der Monarch-Gott noch der Monarch-Herr schlechthin gefehlt habe (ebenda).

Es war also vielleicht nicht voll zutreffend, wenn Eduard Meyer in „Kaiser Augustus" sagte, die Erkenntnis, daß das von Augustus geschaffene Kaisertum, der Prinzipat, nicht eine Monarchie gewesen sei, sondern ein der repu-

blikanischen Verfassung eingefügtes Amt, sei durch Mommsen Gemeingut der historischen Wissenschaft geworden.[1])

Die Darstellungen der Rechtshistoriker lassen mit Augustus eine staatsrechtlich neue Epoche beginnen. Allerdings zeigen auch die besten Darstellungen in ihrer Formulierung zum Teil jene entgegengesetzten Tendenzen, die wir bei Mommsen hervorgehoben fanden. So überschreibt Bruns-Lenel den Abschnitt[2]) bezeichnenderweise: „Das republikanische Kaisertum" und erklärt rechtlich die augusteische Verfassung als eine Teilung der obersten Regierungsgewalt zwischen dem Prinzeps als dem ersten lebenslänglichen Beamten des Volkes und dem Senate unter Leitung der Konsulen, also als Dyarchie. Aber die kaiserliche Gewalt sei rechtlich und noch vielmehr tatsächlich die weitaus stärkere gewesen. Ähnlich erklärt neuestens Jörs[3]), der Prinzipat des Augustus habe auf einer Teilung der Gewalten zwischen Kaiser und Senat beruht; der Kaiser erscheine als ein mit besonderer Vollmacht ausgerüsteter Magistrat, sei darum dem Gesetz und Verfassungsrecht unterworfen gewesen, soweit er nicht ausdrücklich von deren Vorschriften befreit war.[4]) Aber von der Magistratur der Republik hebe sich doch das Kaisertum des Augustus staatsrechtlich scharf ab, vor allem durch die richterliche Gewalt des Prinzeps.[5])

Wesentlich anders stellt Eduard Meyer das „dyarchische" Regiment dar. In dem genannten Aufsatze verteidigt er Augustus vor allem gegen den Vorwurf der Heuchelei, als ob es dem Prinzeps mit der Wiederherstellung der Republik nicht ernst gewesen wäre. Das republikanische Regiment, das er tatsächlich herstellen wollte und auch

---

[1]) Kleine Schriften, S. 445.

[2]) S. 345ff. unter: „Dritte Periode".

[3]) Kohlrausch-Kaskel, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 2: „Römische Rechtsgeschichte u. System d. röm. Privatrechts" (herausgeg. von Schönbauer u. Kunkel, Berlin 1927). — Ich habe mich nicht für befugt gehalten, die Darstellung, die Jörs niedergeschrieben hatte, in diesem Teile irgendwie zu ändern.

[4]) S. 29. [5]) S. 12.

wirklich durchgeführt habe, soweit es die Verhältnisse nur irgendwie gestatteten, habe allerdings tatsächlich das Senatsregiment bedeutet. Andererseits aber erachtet Meyer die Bezeichnung „Dyarchie“ als zutreffend für das Doppelregiment des Kaisers und des Senats, die gleichberechtigt und sich gegenseitig ergänzend nebeneinander stehen. Nur habe von den beiden der Idee nach der Senat durchaus den Vorrang; der Kaiser sei sein Organ oder, wie Tiberius es ausdrückt, sein Diener, der Senat der Herr (dominus).[1] So ist bei E. Meyer die Lehre von Schulz in ihren Grundzügen vorgezeichnet.

Gelzer hebt demgegenüber für die Zeit des Augustus die unüberbrückbare Kluft zwischen der tatsächlich bestehenden Monarchie und der zu Recht bestehenden Republik hervor. Weil Augustus die Wiederherstellung der Republik so stark betonte, konnte seine Monarchie nie im wahren Sinne legitim werden, sie blieb immer behaftet mit der Herkunft aus dem Staatsstreich. Die so klug scheinende republikanische Verhüllung der Monarchie und Ableugnung ihres revolutionären Ursprunges hat nach der Meinung Gelzers ihren Erfinder in den Widerspruch verstrickt, daß er seiner Stellung verfassungsmäßig nie sicher wurde. Nach seinem fein ersonnenen System, das bewußt an die Staatslehre Ciceros anknüpfte, sei schließlich nicht die Monarchie, wohl aber die Revolution legitimiert worden.[2] Damit steht Gelzer im völligen Gegensatze zu Schulz.

Dessau schließlich führt aus[3]: „Mehr als alles andere machten diese Prinzenbefreiungen es klar — wenn es dessen noch bedurft hätte —, daß man trotz aller Versicherungen des Kaisers, er wolle nur der erste Bürger sein oder gar ein Bürger wie die anderen auch, in einer Monarchie lebte, und zwar in einer absoluten, für die es kein Gesetz gab außer dem ... Willen des Herrschers.“

II. Prüfung dieser Lehren.

Überblicken wir die Fülle der Lehrmeinungen, so läßt sich doch wohl eines feststellen: sie alle fußen auf den

[1]) Kl. Schr., S. 482. [2]) a. a. O. S. 195. [3]) a. a. O. S. 132.

Darlegungen von Mommsen, weil eben er die verschiedenen tatsächlichen Momente der Stellung des Augustus — staatsrechtlich erfaßt — unverbunden nebeneinander gestellt hat. Wollen wir aber seine Lehre und die der folgenden Schriftsteller prüfen, so wird es nötig erscheinen, jede der drei Typen, die in der Literatur hervortreten, einzeln kritisch zu würdigen.

Was zunächst die Ansicht betrifft, die den Prinzipat rechtlich als den unveränderten Fortbestand der republikanischen Verfassung betrachtet, so fragt es sich, wie das Imperium des Kaisers nach dem Staatsrechte der Republik zu erfassen sei. Schulz betrachtet es als das konsularische Imperium, so wie es vor Jahrhunderten tatsächlich bestand; für dieses sei es kennzeichnend gewesen, daß es die oberste Gewalt in Heerführung und Rechtsprechung gewährleistete, jedoch nur da Geltung hatte, wo ihm keine sonstigen Magistraturen faktisch hindernd im Wege standen (Wesen S. 82). Nun ist es zwar richtig, daß das Imperium als eine einheitliche Gewalt aufgefaßt wurde, die sich auf alle Angelegenheiten in Krieg und Frieden grundsätzlich erstreckte. Der Inhaber des Imperiums konnte seine Amtsmacht überall durch Befehle und Verbote — innerhalb der durch die Verfassung gezogenen Grenzen — geltend machen. Das Imperium stellte also begrifflich sowohl zur Zeit der Könige wie zur Zeit der Republik ein Vollrecht und nicht eine Summe von Einzelrechten dar, ähnlich wie im Zivilrechte etwa das Eigentum oder die väterliche Gewalt. Aber es ist erstens eben für die Geschichte des republikanischen Staatsrechtes kennzeichnend, daß sich Einschränkungen und Begrenzungen der Befehlsgewalt entwickelten: die Kollegialität, das Interzessions- und Provokationsrecht, die Möglichkeit eines beschränkten Imperiums, die Schaffung von Kompetenzen und vor allem die Befristung der Befehlsgewalt. Alle diese Einschränkungen und Begrenzungen erscheinen bei Augustus ganz oder fast ganz beseitigt. — Zweitens: Kennzeichnend für jede republikanische Verfassung ist es nach heutiger Staatsrechtslehre, daß Entscheidungen über das Schicksal des ganzen Staates, insbesondere die Entscheidung über Krieg und Frieden nicht in die Hand einer einzelnen Person

allein gelegt sind. Gerade diese schwerstwiegenden Entscheidungen wurden aber dem Augustus allein übertragen. Das Recht, den Krieg zu erklären, Frieden zu schließen, Verträge mit auswärtigen Staaten zu vereinbaren, war ihm bei der Neuordnung der Verhältnisse zuteil geworden. Daß Augustus nach richtiger Ansicht[1]) gleich den Magistraten der Republik an die Gesetze gebunden und nicht befugt war, allgemeine Vorschriften mit Gesetzeskraft zu erlassen, kann nicht als Beweis für den Fortbestand der republikanischen Verfassung angeführt werden, sondern höchstens dafür, daß die Monarchie keine absolute war. Ebensowenig besagt der Mangel einer festen Erbfolgeordnung: eine solche gehört nach übereinstimmender Staatsrechtslehre nicht zum Kennzeichen der Monarchie; die sogenannte Wahlmonarchie wird nicht zu den republikanischen Staatsformen gerechnet. Eine feste Erbfolgeordnung kannten übrigens ältere Zeiten wohl überhaupt nicht; man behalf sich meist in der Weise, daß der Herrscher bei Lebzeiten den Nachfolger zum Mitregenten annahm oder daß die privatrechtliche Erbfolge auch für die Herrscherfolge als maßgebend erklärt oder der Grundsatz durchgeführt wurde, der Herrscher müsse aus einer bestimmten Familie oder einem bestimmten Hause genommen werden.[2])

Drittens: Ein weiterer Grundsatz der republikanischen Verfassung war aber stets der, daß staatliche Befugnisse auf einer Amtsgewalt beruhen müssen. Gerade hier zeigt uns Augustus selbst in seinem Tatenberichte die neue Richtung: „Seit dieser Zeit (Januar 27 v. Chr.) habe ich alle im Staate durch auctoritas überragt, wenn ich auch nur dieselbe potestas hatte wie meine Amtskollegen." Hier können wir viel schärfer sehen, seit uns das Monumentum Antiochenum den Wortlaut der Stelle gesichert hat. Hätte Augustus dort wirklich erklärt, daß er alle anderen nur durch dignitas übertroffen habe, so wäre damit wahrscheinlich gemacht, daß Augustus mindestens den Anschein erwecken wollte, als ob er nichts anderes als ein Magistrat des römischen

---

[1]) Jörs a. a. O., S. 10.

[2]) Vgl. etwa Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 693.

Volkes wäre. Jetzt wissen wir, daß Augustus selbst das Wesen seiner Stellung viel deutlicher aussprach, indem er sagte, daß seine überragende Stellung auf amtsloser Macht beruhe, daß sie also nicht der Ausfluß einer Amtswahl oder Ernennung sei.

Es ist daher zusammenfassend festzustellen, daß man von dem ungeänderten Fortbestande der freistaatlichen Verfassung nicht mehr sprechen kann, soferne man diesen Begriffen jenen Inhalt zugrundelegt, der ihnen in der heutigen Staatsrechtslehre übereinstimmend beigelegt wird. —

Die zweite Hauptlehre vom Wesen des augusteischen Prinzipates ist die von der Dyarchie. Wir finden sie vor allem bei Bruns-Lenel und Jörs, wie oben angedeutet wurde. Auch hier wird es nötig sein, den Begriff nach dem Stande der heutigen Staatsrechtslehre zu erfassen.

Mommsen sah die Dyarchie darin gegeben, daß der Senat „souverän" war. Für den Begriff der Souveränität — der in der modernen Staatslehre seither kritisch zerpflückt worden ist — sah Mommsen anscheinend gewisse Kompetenzen als maßgebend an. Als solche Kennzeichen der suprema potestas erschienen ihm beim Senate vor allem 1. das Gesetzgebungsrecht, 2. die Wahlen der Beamten und 3. die freie Strafgewalt. Prüfen wir aber die Quellen, so sehen wir darin keine dieser Kompetenzen rechtlich dem Senate zuerkannt. Denn als Organ für die Gesetzgebung erschien zweifellos noch in erster Linie die Volksversammlung (Komitien). Auf dem Gebiete der Privatrechtsordnung ist der Senatsbeschluß damals sicher noch nicht an die Stelle des Volksbeschlusses getreten. Allerdings dürften schon unter Augustus die Formen der Abstimmung nicht mehr gehandhabt worden sein. Das Volk wird den Anträgen wohl durch Beifall zugestimmt haben. Das Gesetzgebungsrecht ist überhaupt den Komitien niemals ausdrücklich genommen und dem Senate niemals ausdrücklich verliehen worden. Was die Wahlen der Beamten betrifft, so wurden auch sie unter Augustus noch in den Volksversammlungen vorgenommen. Erst Tiberius übertrug sie an den Senat. Das soll auf eine letztwillige Verfügung des Augustus hin

geschehen sein.[1]) Aber auch nachher war die Wahl der Beamten durchaus nicht frei, wie Dessau richtig ausgeführt hat.[2]) Ebensowenig ist eine freie Strafgewalt des Senats erweislich. Wenn er zu einer Strafsache Stellung nahm, so geschah es wohl kaum anders als in der Form des Gutachtens, das für die Konsuln als bindend galt, also in einer Form, die wir schon in der Geschichte des ersten Jahrhunderts v. Chr. feststellen können. Daß Senat und Kaiser gleichmäßig Berufungsinstanz in Strafsachen gewesen wären, trifft weder tatsächlich noch meines Erachtens rechtlich zu.[3])

Öfters wird der Ausdruck Dyarchie von den Schriftstellern — anscheinend im Sinne einer älteren deutschen Staatsrechtslehre — als Bezeichnung der Teilung der Regierung (Vollziehung) verwendet. Es wäre danach zwar die höchste Gewalt begrifflich einheitlich, aber ihre Ausübung geteilt gewesen. Indessen selbst in diesem Sinne wäre der Ausdruck wohl nicht gerechtfertigt. Denn gerade bei den wichtigsten staatlichen Entscheidungen hatte der Senat, wie schon erwähnt, rechtlich weder ein formales noch ein materielles Mitbestimmungsrecht. Das kommt vor allem bei dem Rechte der Kriegserklärung zur Geltung. Wesentlicher noch erscheint der Umstand, daß dem Senate keine bestimmte Mitwirkung bei der Ausübung der Regierungsgewalt gesetzlich gesichert war. Wenn schon dem Augustus das Recht und die Macht verliehen worden war, „in göttlichen und menschlichen, öffentlichen und privaten Angelegenheiten alles, was er dem Gemeinwesen für ersprießlich erachte, zu tun und vorzunehmen"[4]), wo blieb da für den Senat eine rechtlich geordnete Sphäre bei der Ausübung der Regierungsgewalt? Auch das Münzprägerecht kann nicht als Beweis der Dyarchie herangezogen werden. Denn das kaiserliche Münzprägerecht ist anscheinend auf die Prägung der Imperatoren in den Provinzen zurückzuführen; diese Übung kennen wir aber schon seit etwa 80 v. Chr.,

[1]) Vgl. Bruns-Lenel, a. a. O., S. 348. [2]) S. 42ff.

[3]) Richtig Dessau, S. 140.

[4]) Aus dem Bestallungsgesetz Vespasians zitiert. Vgl. Jörs a. a. O., S. 10.

wie Mattingly neuerdings hervorgehoben hat.[1]) Überdies war der Senat auf die Kupferprägung beschränkt. Höchstens tatsächlich, nicht rechtlich ist also eine gewisse Teilung des Regimentes festzustellen.

Wollten wir „Dyarchie“ im Sinne der herrschenden Staatslehre verstehen, so müßten wir in ihr jene Staatsform erblicken, in der die Verfassung zwei höchste unmittelbare Organe zeigt, die gleichwertig nebeneinander stehen. So faßte Jellinek[2]) sie wirklich auf. Indessen ist im Jahre 27 v. Chr. rechtlich keine Änderung betreffs der Organstellung eingeführt worden. Theoretisch waren populus, Magistrat und Senat noch die Organe des Staates. Wenn uns daneben seit Ende der Republik die Lehre von der Volkssouveränität entgegentritt, so ist sie wohl als Ausdruck der politischen Theorie zu fassen, daß alle Macht vom Volke komme. Rechtlich ist also der Senat zwar ein Organ, aber kein höchstes unmittelbares. Der Prinzeps dagegen ist — gemäß der Senatsverhandlung des Jahres 27 — rechtlich ein unmittelbares Staatsorgan nur, soweit er gleichzeitig verfassungsmäßiger Magistrat ist und dann auch nur auf die Amtsdauer. Als höchstes Organ ist er auch dann kaum aufzufassen, da ja gerade die Stellung als Prinzeps rechtlich damals weder durch Gesetz noch durch Senatsbeschluß präzisiert worden ist.

Aber auch wenn wir uns auf den Standpunkt von Schulz stellen und annehmen wollten, daß das Imperium des Prinzeps nur durch Senatsbeschluß verliehen wurde, könnte man nicht von einer Dyarchie sprechen. Sie wäre nur dann gegeben, wenn der Prinzeps gegenüber dem Senate rechtliche Bindungen betreffs des Umfanges seiner Regierungsbefugnisse hätte eingehen müssen. So aber ist der Senat — modern gesprochen — nur als Kreationsorgan zu betrachten. Aus allen diesen Gründen ist der Ausdruck Dyarchie nicht geeignet, die staatliche Stellung von Senat und Augustus rechtlich zu präzisieren; er sollte besser vermieden werden. —

---

[1]) Vgl. „Coins of the Romain empire in the British Museum“, I (1923).

[2]) Allg. Staatslehre, 3. Aufl., S. 555.



Es gilt noch jene dritte Auffassung zu betrachten, daß mit dem Jahre 27 v. Chr. die monarchische Staatsform eingeführt worden sei. Dessau spricht, wie erwähnt, sogar von einer absoluten Monarchie. Die herrschende Staatsrechtslehre wertet eine Staatsform dann als absolute Monarchie, wenn der Monarch das alleinige unmittelbare Staatsorgan ist.[1]) Das trifft rechtlich für die Zeit des Augustus zweifellos nicht zu. Die Ausführungen Dessaus könnten demnach nur soweit richtig sein, als er die tatsächlichen Machtverhältnisse im Auge hat. In diesem Falle aber ist eine solche Formulierung nicht zu empfehlen. In einer Monarchie tritt nach herrschender Staatslehre der Staatswille durch den Willen einer einzelnen physischen Person in Erscheinung. Können wir nun auf Grund der Überlieferung sagen, daß im Jahre 27 v. Chr. die Monarchie eingeführt worden sei — auf Grund eines Senatsbeschlusses oder eines Volksgesetzes, eines Staatsstreichs oder einer Verfassungsänderung? Die Quellen erhärten das Gegenteil. Der zuverlässige Bericht des Dio[2]) besagt ausdrücklich, daß Oktavian die Monarchie abgelehnt habe. Dio läßt ihn selbst erklären[3]): „Ich gebe die gesamte Herrschaft auf und lege alles in eure Hände, die Waffen (das Heer), die Gesetze (Gesetzgebungsrecht) und die Provinzen.“ Im Tatenbericht hebt Augustus hervor, daß er die Diktatur[4]) nicht ange-

---

[1]) Vgl. Jellinek, a. a. O., S. 694 f..

[2]) Dio 50, 16, 4: *Ὁ δ'οὖν Καῖσαρ πολλὰ μὲν καὶ πρότερον, ὅτε τὰ περὶ τῆς ἐξωμοσίας τῆς μοναρχίας . . διελέχθη, ἔλαβε.*

[3]) Dio 53, 4, 3: *ἀφίημι τὴν ἀρχὴν ἅπασαν καὶ ἀποδίδωμι ὑμῖν πάντα ἁπλῶς, τὰ ὅπλα, τοὺς νόμους, τὰ ἔθνη*, entsprechend Dio 52, 13, wo er Agrippa sagen läßt: *ἀπόδος τῷ δήμῳ καὶ τὰ ὅπλα καὶ τὰ ἔθνη καὶ τὰς ἀρχὰς καὶ τὰ χρήματα.* Aus der Rede des Augustus seien noch folgende bezeichnende Stellen angeführt: Dio 53, 5, 4: *ἀπολάβετε καὶ τὴν ἐλευθερίαν καὶ τὴν δημοκρατίαν, κομίσασθε καὶ τὰ ὅπλα καὶ τὰ ἔθνη τὰ ὑπήκοα καὶ πολιτεύεσθε ὥσπερ εἰώθειτε*; ferner 53, 7, 3: *μήτε τῆς μοναρχίας ἐπιθυμῆσαι, ἀλλὰ ἐμὲ δεδομένην ἀποδιδόναι.*

[4]) Mon. Anc. (lat. 1, 31 f.) gr. 3, 2—5: *Αὐτεξούσιόν μοι ἀρχὴν καὶ ἀπόντι καὶ παρόντι διδομένην [ὑ]πό τε τοῦ δήμου καὶ τῆς συνκλήτου . . . ο[ὐκ ἐδ]εξάμην.* Vgl. Dio 54, 1: *οἱ Ῥωμαῖοι δικτάτωρα αὐτὸν ἠθέλησαν προχειρίσασθαι.* Entsprechend Vell. 2, 89, 5: dictaturam, quam pertinaciter ei deferebat populus tam constanter repulit; ebenso Suet. Aug. 52: dictaturam magna vi offerente populo genu nixus deprecatus est.

nommen habe, ja nicht einmal das dauernde Konsulat[1]) oder die angebotene cura legum et morum[2]), obwohl ihn Senat und Volk damit staatsrechtlich zum alleinigen obersten Organe machen wollten. Er wollte eben, wie er sich ausdrückt, keine Herrschaftsgewalt übernehmen, die entgegen der Tradition[3]) wäre. Hätte die monarchische Staatsform im Jahre 27 v. Chr. offiziell Eingang gefunden, dann wäre ein Bericht, wie ihn Velleius verfaßt hat, doch wohl unmöglich gewesen. Er hätte auch ohne besondere staatsrechtliche Kenntnisse nicht sagen können (2, 89): „Finita vicesimo anno bella civilia, revocata pax, restituta vis legibus, iudiciis auctoritas, senatui maiestas, imperium magistratuum ad pristinum redactum modum —. Prisca illa et antiqua rei publicae forma revocata."

So kommen wir also zu dem — zunächst verblüffend anmutenden — Ergebnis, daß die neue Staatsordnung des Jahres 27 weder als republikanische noch als dyarchische noch als monarchische Staatsform im Sinne der heutigen Staatslehre verstanden werden kann. Dies muß uns wohl ein Fingerzeig dafür sein, daß die Fragestellung nicht richtig gewählt ist. Wollen wir jene ganz eigenartige staatsrechtliche Entwicklung einigermaßen sicher erfassen, so müssen wir versuchen, dem Werden der neuen Rechtsform nachzugehen und ihre Entwicklung darzulegen.

III. Die vermeintlich gleichlaufende Entwicklung des Staats- und Privatprozeßrechts.

Zu wiederholten Malen wurde die Ansicht ausgesprochen, daß die Gestaltung des Privatprozesses in der römischen Geschichte ein Abbild der staatsrechtlichen

---

[1]) Mon. Anc. lat. 1. 35f. (gr. 3, 9f.): Con[sulatum tum dat]um annuum e[t perpetuum non accepi] gemäß dem griechischen Wortlaute: *Ὑπατείαν τέ μοι τότε δι[δ]ομένην καὶ ἐ[ν]ιαύσιον κα[ὶ δ]ιὰ βίου οὐκ ἐδεξάμην.*

[2]) Mon. Anc. gr. 3, 11—21. *τῆς [τε σ]υνκλήτου καὶ τοῦ δήμου τῶν Ῥωμαίων ὁμολογ[ο]ύντων ἵν[α ἐπιμε]λητὴς τῶν τε νόμων καὶ τῶν τρόπων ἐ[πὶ τῇ μεγίστῃ [ἐξ]ουσ[ίᾳ] [μ]ό[νο]ς χειροτονηθῶ, ἀρχὴν οὐδεμ[ία]ν πα[ρὰ τὰ πά]τρ[ια] ἔ[θ]η διδομένην ἀνεδεξάμην.*

[3]) Siehe d. vorige Anm.



Entwicklung sei. Würde dies zutreffen, so könnten wir aus dem Werdegang des Zivilprozesses seit dem Jahre 27 v. Chr. wichtige Erkenntnisse für den Einblick in die staatsrechtliche Form gewinnen. Deshalb wollen wir vorweg die Richtigkeit dieser Meinung prüfen.

Sie tritt uns bei Mommsen scharf entgegen, wenn er mit besonderem Nachdruck die Tatsache hervorhebt, daß zwar die Leitung, aber nicht die Ausübung der Rechtspflege der Magistratur zustand. Dies sei der Sinn der Geschworeneninstitution gewesen; als die älteste und dauerndste Schranke des magistratischen Imperiums bedeute sie die fundamentale Ordnung der Republik (Abriß des r. Staatsr. S. 247). Den Römern selbst sei die Einsetzung der Geschworenen durch König Servius Tullius als der Anfang der Selbstregierung erschienen. Auf ähnlicher Anschauung dürfte es beruhen, wenn Wenger in seinem so trefflichen Werke „Institutionen des römischen Zivilprozeßrechtes" S. 250 sagt: „Ob die Monarchie mit rauhen dröhnenden Tritten kommt oder ob sie auf leisen Sohlen heranschleicht, überall wirkt sie auf das Gerichtswesen so ein, daß der Volksgeschworene als Vertrauensmann der Parteien verschwindet und an seine Stelle der monarchische Beamtenrichter tritt."

Es wäre also nach Mommsen die Bestellung des iudex als eine demokratische Errungenschaft aufzufassen, die mit dem Sturze der Könige ihren Einzug gehalten habe, mithin gleichzeitig mit dem Beginne der Republik eingeführt worden sei. Die geschichtliche Entwicklung des iudicium privatum wäre darnach schematisch so darzustellen, daß der ungespaltene Privatprozeß der Königszeit zweigeteilt worden sei, indem durch das republikanische Staatsrecht die Judexbestellung obligatorisch gemacht worden wäre; dem monarchischen Verfahren in iure wäre also ein republikanisches Verfahren apud iudicem angefügt worden. Folgerichtig wäre auf die monarchische Staatsform zu schließen, sobald wir feststellen könnten, daß das Verfahren vor Geschworenen im Zivilprozesse sein Ende gefunden habe.

Diese ganze Gedankenreihe leidet aber m. E. an einem Irrtume. Er dürfte bei Mommsen durch die Auffassung

des iudex als „Geschworenen" zu erklären sein. Da wir bei diesem Ausdrucke an die Geschworenen des heutigen Strafprozesses denken und diese Institution von der demokratischen Lehre immer als ein Palladium des freien Volkes aufgefaßt wurde, erscheint der Schluß auf eine entsprechende staatsrechtliche Gestaltung begreiflich. Aber der iudex ist eben kein Geschworener im heutigen Sinne, sondern ein unparteiischer angesehener Mitbürger und Volksgenosse, der auf Grund seiner Lebenserfahrung und seiner Sachkenntnis nach Durchführung eines gewissenhaften Beweisverfahrens und nach Anhörung von Rechtsgutachten seinen unparteiischen Schiedsspruch in einem Privatstreite fällen soll. Der iudex wurde also kaum jemals als ein Schutz vor der Obrigkeit aufgefaßt. Denn auch diese wurde ja nach dem Sturze der Könige in jedem Jahre gewählt, und es waren dieselben Gesellschaftsschichten, aus denen die Magistrate wie die iudices genommen wurden; mindestens in älterer Zeit werden Magistrat und iudex in der Regel auch die gleiche staatspolitische Auffassung gehabt haben.

Der Zivilprozeß ist geschichtlich eben nicht als Analogieerscheinung des Strafprozesses zu verstehen. Während die Strafgewalt die Herrschaft über Bürger zum Ausdruck bringt, ist das bei dem Entscheidungsrechte in privaten Rechtsstreiten keineswegs der Fall. Der Privatprozeß ist nur als Rechtshilfeverfahren zu begreifen und kann sich nur als solches entwickelt haben.

Kann man für die Königszeit überhaupt von einem Privatprozesse sprechen? Die herrschende Lehre[1]) nimmt an, daß die Selbsthilfe schon in vorstaatlicher Zeit durch ein rein privates Schiedsverfahren abgelöst worden sei. Wenger hat dagegen mit Recht Bedenken geltend gemacht[2]) und zwei Möglichkeiten der historischen Entwicklung neben der genannten dargelegt (Wandlungen im römischen Zivilprozeßrechte): Die eine wäre die einer königlich-richterlichen Vollgewalt, die den Privatprozeß genau so wie den Strafprozeß von Anfang bis zum Ende beherrschte, die andere das Nebeneinander-Bestehen privater Schiedsgerichte neben

[1]) Vgl. Levy, diese Zeitschr. XLVI, S. 369.

[2]) Wandlungen im röm. Zivilprozeß (Festschr. f. Hanausek), S. 8 ff.

staatlicher Beamtengerichtsbarkeit, die auf eine Delegation des Königs zurückzuführen wäre.

Gegen alle drei Hypothesen hat aber Levy[1]) in der Besprechung des Wenger-Buches zutreffende Bedenken vorgebracht und gute Beobachtungen daran geknüpft. M. E. dürfen wir für die Königszeit überhaupt den Begriff „Privatprozeß" oder „Zivilprozeß" gar nicht in der Erörterung verwenden. Denn der Zivilprozeß als solcher ist eine hochentwickelte Rechtsform, die schon eine lang geübte Kunst der juristischen Technik voraussetzt. Privatrechtsstreitigkeiten und deren Entscheidung hat es natürlich schon weitaus früher gegeben. Diese wurden wohl in ältester Zeit auf dem Wege der Selbsthilfe erledigt. Sobald die gesellschaftliche Sitte einen solchen Weg der Austragung unter den Volksgenossen und Waffenkameraden verpönte, wird die Schlichtung durch den Schiedsspruch des Ältesten des Geschlechtes oder anderer gesellschaftlicher Führer an ihre Stelle getreten sein. Aber auch diese Art der Erledigung werden wir kaum als Schiedsverfahren betrachten können, weil der Dritte nicht auf eine Einigung der Parteien hin und auf Grund eines abgegrenzten Schiedsthemas eingriff, sondern wohl nach freiem Ermessen oder auf Anrufen einer Partei oder anderer Geschlechtsgenossen und dergleichen. Von einem Schiedsvertrage und einem Schiedsrichter hier zu sprechen, würde den Zeitverhältnissen kaum Rechnung tragen. Denn der Schiedsvertrag selbst würde eine bewußte Einigung über ein bestimmtes Thema voraussetzen und wäre eine Rechtsform, der wir um diese Zeit nicht einmal im Privatrechte begegnen, die wir daher noch viel weniger für das Prozeßrecht annehmen können.

Ebensowenig ist aber wohl, wie erwähnt, von einem Zivilprozesse zu sprechen, der durch den König oder seine Beamten entschieden wurde. Nimmt man ein autokratisches Königtum an, was ja wohl für die Zeit der etruskischen Herrschaft[2]) am wahrscheinlichsten ist, so ist die Austragung

---

[1]) Siehe S. 282 Anm. 1.

[2]) Vgl. Wenger, Hausgewalt und Staatsgewalt (Miscell. Ehrle), S. 53 ff.

von Privatrechtsstreiten doch wohl nicht anders zu denken, als daß der König dem Anliegen einer Privatpartei wegen eines angeblich erlittenen Unrechtes Gehör schenkte. Damit war aber kein Privatprozeß begonnen, sondern es erfolgte wohl die Vorladung des angeblichen Unrechttäters vor den König oder einen seiner Amtswalter, eine Untersuchung des Streitgegenstandes, wobei keine bestimmte Form zu wahren war, und eine Erledigung des Streites durch Verhängung einer Strafe oder Androhung derselben, durch Erteilung eines Befehles zur Rückgabe oder dergleichen, durch Verbot störender Handlungen usw. Eine solche Annahme baut auf der gleichartigen Überlieferung in Sage und Märchen auf, die für den weisen König oder den mächtigen Herrscher besonders die gerechte Entscheidung der schwierigsten Privatrechtsstreite rühmend hervorhebt, nirgends aber eine Prozeßform andeutet. Bestimmte Nachrichten über das Verfahren in der Königszeit fehlen uns vollständig, die Überlieferung stammt aus später Zeit und ist durchaus unzuverlässig oder unglaubwürdig.[1]) In der etruskischen Zeit wird der König wohl in der Regel nur Privatrechtsstreitigkeiten unter Etruskern geschlichtet haben. Füı das römisch-latinische Königtum aber ist noch weniger als bei dem etruskischen an einen „Zivilprozeß" zu denken, weil die wirtschaftliche und kulturelle sowie die staatliche Entwicklung bei den Etruskern eine weitaus höhere gewesen sein wird als bei den latinischen Hirten und Bauern.

Ein Privatprozeß kann sich erst allmählich entwickelt haben. Er setzt eine ziemlich hohe Ausbildung der Privatrechtsordnung voraus, mag es sich dabei um geschriebenes oder ungeschriebenes Recht handeln. Er setzt die Ausbildung von rechtlich bedeutsamen Formen voraus. Als ihre Schöpfer haben wir wohl auf dem Gebiete des Sakralrechtes wie des Privatrechtes die Pontifices[2]) anzunehmen. Erst wenn im staatlichen Leben solche Formen — wenigstens gewohnheitsrechtlich — anerkannt sind, tritt u.U. an die Staats-

---

[1]) Vgl. Wlassak, R. Provinzialproz. 12, 3.

[2]) Vgl. Jörs, R. R.-G., S. 15.

organe die Frage heran, ob sie nicht durch ihr Eingreifen die Anwendung der geschriebenen oder ungeschriebenen Privatrechtsnormen im Interesse eines ruhigen Gemeinschaftslebens sichern müßten. Mochte diese Obrigkeit aber noch der König oder mochten es schon zwei gewählte Konsuln gewesen sein, keinesfalls ist anzunehmen, daß die Obrigkeit die Entscheidung darüber, wer in einem privaten Rechtsstreite nach den anerkannten Normen Recht behalten solle, als Ausfluß ihres Herrschaftsrechtes beanspruchte. In einem Grenzstreite zwischen zwei römischen Bauern oder bei einer Besitzstörung zu entscheiden, wurde wohl niemals als ein Vorrecht der Obrigkeit freudig übernommen.[1]) Dazu kam aber noch der Umstand, den wir niemals aus dem Auge lassen dürfen, daß die staatlichen Führer in den bewegten kriegerischen Zeiten, die das Aufsteigen des römischen Volkes kennzeichnen, unmöglich ihre Zeit der Erledigung von oft kleinlichen Privatrechtsstreitigkeiten opfern konnten.

Die ganz eigenartige Entwicklung des römischen Zivilprozesses können wir m. E. nur aus dem überaus starken Machttriebe, der die Bürger des römischen Gemeinwesens beseelte, erklären. Es läßt sich m. E. ein Grundsatz deutlich erkennen: Um die volle Kraft des Staates nach außen wirksam werden zu lassen, hat das römische Gemeinwesen während all der Jahrhunderte, in denen es den Bestand oder eine gesunde Fortentwicklung des Staates zu erkämpfen galt, die höchstmögliche Zurückhaltung in der Anwendung staatlicher Kräfte bei Privatstreitigkeiten beobachtet. Die staatliche Gewalt wurde dabei nur soweit eingesetzt, als dies für den Bestand einer gesicherten Bürgergemeinschaft als unbedingt notwendig erachtet wurde. Nur so sind m. E. die Interdikte zu verstehen, nur so die Einleitung des Prozesses durch Privatladung, wobei die Rechtsordnung nur die Folgepflicht durch eine generelle Norm sicherte; deswegen wurde die Entscheidung auf Grund des Beweisverfahrens einem amtslosen,

---

[1]) Sehr richtig Levy, a. a. O., S. 370f.

gesellschaftlich hervorragenden Mitbürger überlassen, diesem aber andererseits als Bürgerpflicht von der Obrigkeit befohlen. Ebenso war für die Zwangsvollstreckung nur eine generelle Norm aufgestellt, im übrigen sie aber als private Vollstreckung eingerichtet. Und selbst diese bescheidene Mitwirkung staatlicher Kräfte wurde in älterer Zeit nur dann gewährt, wenn ein Prozeßanspruch seine wörtliche Deckung in den Normen des Volksrechtes fand. Der römische Privatprozeß ist ferner nicht als eine einheitliche staatliche Einrichtung zu verstehen, sondern als eine geschichtliche Bildung. Den Gegensatz der beiden Begriffe hat jüngst Wieser in seinem großen Werke über „Das Gesetz der Macht"[1]) in klarer Weise dargelegt.

Auf Grund dieser Beobachtungen läßt sich wohl feststellen, daß aus der Entwicklung des Privatprozesses kein sicherer Schluß auf die staatsrechtlichen Formen zu ziehen ist. Weder können wir eine monarchische Staatsform dann annehmen, wenn der iudex fehlt, noch die republikanische, wenn wir seine Bestellung obligatorisch finden. Der König wird genau so wenig wie die ersten Konsuln Privatrechtsstreitigkeiten auf Grund eines Prozeßunterwerfungsvertrages der Parteien zur Entscheidung übernommen haben. Übernahm er die Entscheidung, so war damit kein Privatprozeß begründet, sondern es liegt dem Begriffe nach ein Verwaltungsverfahren vor, das mit dem klassischen Privatprozeß, wie ihn uns Wlassak durch seine glänzenden Forschungen[2]) aufs deutlichste gezeigt hat, fast gar nichts gemein hat und deshalb auch nicht als Rechtsform mit jenem verglichen werden kann. Bei der Entscheidung im Verwaltungsverfahren (nach heutigem Sprachgebrauche) wird sich wohl die Obrigkeit in der Regel eines Konsiliums bedient haben. Dafür spricht die Tatsache, daß der Pontifex maximus, der in sakraler Beziehung die Erbschaft des Königs antrat, das Kollegium nach Art eines Konsiliums befragte, dann aber allein entschied.[3]) Wie naheliegend bei

---

[1]) Verlag Julius Springer, 1926; S. 193ff.

[2]) Denen ich im wesentlichen überall beipflichte.

[3]) Jörs, Röm. Rechtswissenschaft I, S. 54ff.

einer derartigen Streitentscheidung durch die Obrigkeit — sei es durch den König oder einen seiner Beamten — die Zuziehung von Beratern war, erkennen wir etwa durch Hinweis auf die Gestaltung in der ptolemäischen Zeit Ägyptens, wie sie uns die Urkunden zeigen.

Zur Widerlegung der Mommsenschen Theorie sei noch auf folgende Tatsache hingewiesen: 1. Eine rechtlich bedeutsame Schranke des Imperiums könnten wir in der Institution des iudex überhaupt nur dann erblicken, wenn die Hauptentscheidung im Rechtsstreite, ob es nämlich überhaupt zu einem Privatprozesse und damit zur Entscheidung durch einen Volksrichter kommen solle, dem Ermessen der Obrigkeit entzogen worden wäre. Aber gerade das ist nicht der Fall. Diese Hauptentscheidung bringt im iudicium privatum gerade das Dekret des Magistrates, der auch die Denegation der actio verkünden kann. — Auch auf die Fälle des ius iurandum in iure delatum kann verwiesen werden, wo nach Zurückschieben des Eides der Schwur des Klägers die Grundlage dafür bildet, daß Exekution zulässig ist. Hier ist es der Spruch der Obrigkeit, der das Ende des Rechtsstreites — ohne Verfahren vor dem Volksrichter — herbeiführt.

2. Wie wenig aber die Auffassung, daß die Entscheidung im Privatrechtsstreite der Obrigkeit an sich zugestanden und erst durch eine demokratische Entwicklung der Staatsform genommen worden sei, dem römischen Denken überhaupt entsprach, zeigt vielleicht am deutlichsten Cicero, der in seiner Schrift de re publica, von der wir noch sprechen werden, das Ideal eines Staatsführers zeichnet.[1]) Dieser Führer soll zwar das Recht und die Gesetze auf das genaueste kennen, aber er soll seine Zeit nicht auf die Rechtspflege und Rechtssprechung verschwenden.

Es ist also die Bestellung des Volksrichters nicht als Merkmal republikanischer Freiheit aufzufassen; es kann auch aus der extraordinaria cognitio an und für sich kein Schluß auf die monarchische Staatsform gezogen werden. Ihr Auftreten zeigt uns m. E. nur, daß sich die Staatsaufgaben erweiterten, daß ein Eingreifen der Staatsgewalt — über die

[1]) de r. p., V.

in den Privatrechtsnormen genannten Fälle hinaus — als Bedürfnis der Zeit empfunden wurde. Dabei gab man dem formloseren und anpassungsfähigeren Verfahren, das in der verwaltungsrechtlichen Kognition eingelebt war, den Vorzug gegenüber den schwerfälligeren Formen des iudicium privatum. Wandte man sich aber nun in Privatrechtsstreitigkeiten an den Prinzeps, so geschah dies in erster Linie wohl deshalb, weil man von ihm eine bessere und wirksamere Rechtshilfe erhoffte.

IV. Grundzüge der eigenen Darstellung.

Unseres Erachtens müssen alle Versuche, die Zeit des Augustus in einen bestimmten Begriff des systematischen Staatsrechtes einzuschachteln, scheitern. Denn die Zeit des sogenannten Prinzipates zeigt keine einheitliche Staatsform, ja nicht einmal die Zeit des Augustus selbst. Sie ist vielmehr nur als die Umbildung einer staatsrechtlichen Form auf Grund des Gewohnheitsrechtes zu verstehen. Wir neigen zu sehr dazu, bei der Schilderung von Staatsformen an die geschriebene Verfassung zu denken. Gleich den Angelsachsen[1]) hatten die Römer überhaupt keine geschriebene Verfassung. Die Weiterentwicklung des Staatsrechtes erfolgte fast niemals durch neue Verfassungsgesetze, sondern durch natürliche gewohnheitsrechtliche Fort- und Umbildung. Im Zivilrechte ist uns diese Art der Rechtsschöpfung durchaus geläufig. Sie gilt nicht minder für das öffentliche Recht der Römer. Hier wie dort ist die consuetudo im Volke selbst erwachsen, in dauernder Übung zur Anwendung gebracht und nach der Vorstellung der Römer auf den tacitus consensus aller berechtigten Volksgenossen zurückzuführen.[2]) Nur durch diese rechtschaffende Kraft der consuetudo ist schon in republikanischer Zeit das Senatsregiment zu verstehen. Wäre es bloß ein Übergriff des Senates gewesen, den Magistrat als Gehilfen für die Vollstreckung seines Willens anzusehen, dann hätten sich wohl immer wieder Magistrate gefunden,

---

[1]) Vgl. Abbott, Roman politics, Boston 1923.

[2]) Die Belegstellen bei Jörs, R.R.G., S. 1.



die gegen eine solche Anmaßung auftraten. Nur weil Dezennien hindurch der Ratschlag des Senates von den Magistraten ausnahmslos und willig befolgt wurde, entwickelte sich ein Bewußtsein, daß dies so sein solle. So ist es verständlich, wenn Cicero in der Rede pro Sestio die Magistrate als ministri des Senates auffaßt, der durch seine auctoritas über ihnen stehe. So war aus der „Obrigkeit" ohne Änderung eines Gesetzes ein „Untergebener" geworden.

In ähnlicher Weise müssen wir für die Zeit nach 27 v. Chr. feststellen, welche dauernde Übung sich in der Rechtsschöpfung gebildet hat und wieweit sie mit den Einrichtungen der republikanischen Verfassung im Widerspruch steht. Sobald wir für die widersprechende Übung die allgemeine Überzeugung, daß es so sein solle, feststellen können, hat eben das Gewohnheitsrecht das früher geltende gesatzte oder ungesatzte Staatsrecht aufgehoben. Häufig werden wir aber sehen, daß es das Satzungsrecht lediglich ergänzte.

Die Erklärung des Augustus im Jahre 27, die res publica restituiert zu haben, bedeutet also nicht die Wiederherstellung der alten Verfassung im wörtlichen Sinne, wohl aber die Anknüpfung an den Verfassungszustand der vorcäsarischen Zeit. Durch seine Erklärung war die alte Ordnung betreffs der Kompetenz zur Rechtsschöpfung wieder hergestellt. Dennoch kann man nicht sagen, daß das altrepublikanische Staatsrecht wieder in Geltung trat; es begann vielmehr eine Übung, die das alte Staatsrecht teils ergänzte, teils abänderte. Die Bildung einer dauernden Übung stellte sich jedoch nicht gradlinig ein. Wir ersehen dies schon aus der Verschiedenheit der offiziellen Titulatur des Augustus seit dem Jahre 38.[1])

Zweifellos können wir aber für die Zeit nach 27 feststellen, daß sich allmählich eine Staatsform entwickelt, die wir dem Wesen nach zu dem Typus der beschränkten Monarchie rechnen können. Indem dann seit dem 3. Jahrhundert die Rechtserzeugung und zwar sowohl auf dem Gebiete der allgemeinen Vorschriften wie auf dem Gebiete

---

[1]) Vgl. Ehrenberg in Klio (1924), S. 210.

der Vollziehung im weitesten Sinne immer mehr dem Princeps monopolsartig zuerkannt wird, entsteht die absolute Monarchie, in der der Kaiser allein befugt erscheint, Recht zu schaffen.

Fragen wir, wie sich eine solche Wandlung vor allem unter Augustus anbahnen konnte, so ist ungefähr folgendes festzustellen: Es ist zunächst der Erfolg, der Augustus über die Masse aller anderen Staatsbürger hinaushebt. Der Erfolg[1]) wird errungen dadurch, daß sich Augustus äußere Machtmittel in einem ungewöhnlichen Maße und auf eine ungewöhnliche Art zu verschaffen versteht. Mit vollem Bedacht hat er am Ende seiner Laufbahn im Tatenbericht hervorgehoben, daß er als 18jähriger privato consilio et privata impensa ein Heer geschaffen habe. Die äußeren Machtmittel waren ihm also nicht durch eine Amtsgewalt in die Hände gegeben worden. Aber er verstand schon in dieser Zeit die äußeren Machtmittel so zu handhaben, daß er dadurch auch eine Herrschaft über menschliche Gemüter[2]) errang. Dies zeigt sich bei der Auseinandersetzung mit Antonius. So waren es vor allem innere Mächte[3]), die Rom und Italien auf die Seite Octavians führten. Mit Recht betont der Tatenbericht, daß ganz Italien sponte sua ihm den Treueid in dem Kampfe gegen Antonius und Kleopatra geleistet habe. Es war die nationalrömische Idee, die sich als eine innere Macht ersten Ranges zu seinen Gunsten erwies. Wieder war es der Erfolg in der Handhabung der äußeren Machtmittel und die Auswirkung auf die Gemüter, daß er von sich sagen konnte, er habe sich der Staatsleitung per consensum universorum[4]) bemächtigt. So bewährte sich Augustus seit seiner Jugend als Meister in der Kunst, äußere Machtmittel derart anzuwenden, daß schließlich das Gefühl innerer Bindung bei den Volksgenossen und zwar vor allem bei den führenden Schichten entstand. Es ist deshalb durchaus richtig, wenn Augustus im Tatenberichte erklärt, er habe alle durch auctoritas übertroffen. Das Wesen der auctoritas im staatlichen

---

[1]) Vgl. Wieser, Gesetz d. Macht, S. 22ff. [2]) Ebenda, S. 5. [3]) Ebenda, S. 6. [4]) Mon. Anc., lat. 6, 13ff.



Leben ist es gerade, daß sie eine Macht darstellt, die nicht mit äußeren Mitteln eine Befolgung erzwingt, sondern die einen inneren Zwang schafft, die das Gefühl erzeugt, daß die Befolgung eine selbstgewählte freiwillig übernommene Pflicht darstelle. Die große Bedeutung der denkwürdigen Januarsitzung des Senates war es vor allem, daß die Zwangsmacht[1]) nun der Idee nach in eine freiwillige Bindung überging, indem Augustus das Gemeinwesen der Entscheidung von Senat und Volk übergab. Dieser Zug allein läßt uns Augustus als einen Meister der Staatskunst erkennen.

Eine Monarchie konnte sich aber auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes nur dann bilden, wenn ein Führer die Aufgaben, die die Zeit an den Staat und die Regierung stellte und die die republikanischen Staatsorgane nicht zu bewältigen vermochten, immer wieder erfolgreich erfüllte und wenn die Bürgerschaft sowohl in den führenden Gruppen wie in der Masse des Volkes zur Nachfolge bereit war.[2]) Wir werden später versuchen darzulegen, wie die Bereitschaft zur Nachfolge allmählich vorbereitet wurde. Von der höchsten Bedeutung für die gewohnheitsrechtliche Umbildung der Staatsform war aber der Umstand, daß eine Person nicht mehr als Glied des Bürgerschaftsverbandes begriffen wurde. Wir finden nämlich, daß Augustus gleichsam als eine neben der civitas Romana existierende Persönlichkeit aufgefaßt wird. Der schärfste Ausdruck dafür liegt in der Zuerkennung des Namens „Augustus", das ist „der Erhabene". Trotz der vorsichtigen Fassung tritt uns diese Auffassung auch im monumentum Ancyranum entgegen. Mit privaten Mitteln, hebt er hervor, habe er das Gemeinwesen (rem publicam) in libertatem vindiziert.[3]) Auf den Münzen erscheint er als vindex libertatis.[4]) Auf der Goldmünze von 27 wird hervorgehoben, daß er die Bürger gerettet habe (Civibus Servateis).[5]) Vom Jahre 27 berichtet er: rem publicam ex mea potestate transtuli.[6])

---

[1]) Vgl. Wieser a. a. O., S. 24. [2]) Ebenda, S. 35f.; 61ff.
[3]) M. Anc., lat. 1, 2. [4]) Vgl. Schulz, Rechtstitel, S. 82.
[5]) Ebenda, S. 32. [6]) M. Anc., lat. 6, 13ff.

In allen diesen Wendungen tritt uns ein Gedanke entgegen: Augustus hat die Bürgerschaft oder — objektiv gefaßt — das Gemeinwesen gerettet. Da aber der Staat der Römer auf nichts anderem als auf der Gemeinschaft der Bürger beruhte, so sehen wir, daß Augustus selbst sich nicht hinzurechnet und nicht hinzu gerechnet wird. Wie in einem Freiheitsprozesse dem Bedrängten eine Rechtsperson als vindex zur Seite treten muß, so tritt nach Auffassung der Römer hier für das in der Freiheit gefährdete Volk eine Persönlichkeit auf, die deshalb nicht als Bürger und Glied des Gemeinwesens aufgefaßt werden kann. Wie die auctoritas des Vormundes den Mündel vor Gefahren und Schäden im Privatrechte schützen soll, so soll die auctoritas des Prinzeps das Volk, den Staat schützen. Er verfügt über ungeheuere Machtmittel, die nicht aus einer Volkswahl zu fließen scheinen. Was Wunder, daß dann diese Person ihre Macht und Kraft aus ihrer Natur schöpfen muß, aus einer Natur, die nicht eine gemein menschliche, sondern eine den Göttern verwandte[1]) sein muß (Augustus). Da erscheint es verständlich, daß man einem mit solchen Kräften ausgestatteten, gleichsam übermenschlichen Wesen in freiwilliger Bindung nachfolgen müsse, wenn dieses Wesen seine übermenschliche Kraft zum Wohle der Bürgerschaft auszuüben bereit sei.

In staunenswerter Weise ist es Augustus, der seit dem Jahre 43 äußere Machtmittel oft rücksichtslos und grausam angewandt und zunächst nur ein gewaltherrschaftliches Verhältnis zur Bürgerschaft gewonnen hatte, in verhältnismäßig kurzer Zeit, besonders seit der Erklärung des Jahres 27 gelungen, die Bürger zur freiwilligen Nachfolge zu bestimmen. Die Angehörigen des alten Adels fanden sich in immer größerer Zahl zur freiwilligen Nachfolge und damit zur Bindung unter dem Willen des einen bereit. Wir sehen dies etwa bei Licinius Crassus oder Julius Silanus, bei Calpurnius Piso, bei Paullus Fabius Maximus und Africanus Fabius Maximus.[2]) Wir sehen die Entwicklung der Nach-

---

[1]) Richtig u. a. Ehrenberg, a. a. O. S. 209 gegen Dessau.

[2]) Vgl. Dessau, S. 104.



folgebereitschaft in der Änderung der Stellung, die der Dichter Horaz allmählich gegenüber Augustus einnimmt[1]); wir sehen sie bei den Rechtsgelehrten, die mit Ausnahme des Labeo immer stärker in dem Prinzeps einen Schöpfer des Rechtes erblicken. In der höchsten Steigerung tritt uns aber diese Auffassung vor allem bei dem Dichter Vergil[2]) entgegen, wo es als ein Glück für die Bürger und für das Gemeinwesen geschildert wird, daß die Götter gerade in diesem Zeitalter einen gottgleichen Mann geschenkt hätten, der dem Staate Sicherheit und Frieden, Ruhe und Segen, Freiheit und Wohlfahrt gebracht habe. Am schärfsten unter den alten Geschichtsschreibern sah z. T. Tacitus, wenn er sagt (Ann. 1, 2): ubi militem donis, populum annona, cunctos dulcedine otii pellexit, insurgere paulatim, munia senatus magistratuum legem in se trahere nullo adversante.

Die Änderung der Staatsform ist dann als endgültig vollzogen zu betrachten, sobald sich feststellen läßt, daß 1. in einer ganzen Reihe von aufeinanderfolgenden Fällen immer wieder ein Prinzeps wie das höchste Staatsorgan auftritt, und wenn 2. aus dem Verhalten des Senates und der Bürgerschaft deutlich hervorgeht, daß dies dem tacitus consensus entspricht, so wie wenn eine geschriebene Norm die Stelle des Prinzeps als des Staatshauptes für immer geregelt hätte. Dabei kommt es nicht ernstlich in Frage, ob hie und da nach dem Wegfall des einen Prinzeps manche Senatskreise oder selbst die Mehrheit dieser Körperschaft vorübergehend mit der Beseitigung der Institution des Staatshauptes liebäugeln.

Auch bei den Kompetenzen des Prinzeps können wir nur die Bildung eines Gewohnheitsrechtes in Umrissen erkennen. Der Prinzipat wurde eben niemals als eigenes Rechtsinstitut mit bestimmten Kompetenzen eingerichtet, sondern ist aus den Bedürfnissen der Zeit erwachsen. Die Befugnisse des Prinzeps wurden teils einzeln vom Volk und Senate übertragen, teils erwuchsen sie als Ausfluß der von allen Bürgern anerkannten überragenden Stellung

---

[1]) Ebenda, S. 489f.

[2]) Ebenda S. 486ff.; vgl. W. Weber, „Der Prophet und sein Gott" (Heft 3 der „Beihefte zum Alten Orient", Leipzig 1925).

des Prinzeps, also aus der auctoritas, die Augustus in seinem Tatenberichte hervorhebt. Erscheint der „Erhabene“ mit einer der alten Amtsgewalten durch Volksgesetz oder Senatsbeschluß ausgerüstet, so liegt gleichsam eine Personalunion vor, indem sich bei dem Augustus die amtslose Macht, die ihm nicht verliehen wurde, und die verliehene Amtsgewalt in einer Person vereinigt. Sobald diese beiden Gewalten in eine einzige — als staatliche Gewalt aufgefaßte — Gewalt münden, ist ein einheitliches monarchisches Recht festzustellen.

Die Entwicklung geht also dahin, daß eine Person, die gleichsam eine nebenstaatliche Existenz besitzt, allmählich in den Staat hineinzuwachsen scheint, so daß sie nun als Organ der staatlichen Gemeinschaft erscheint, aber als Staatshaupt, demnach als höchstes unmittelbares Organ, während die anderen Organe aus dieser Stellung gewohnheitsrechtlich ausscheiden. Diese rechtliche Umbildung der Staatsform möglichst präzise in ihrem geschichtlichen Verlaufe darzustellen, muß demnach als Aufgabe des Rechtshistorikers erscheinen, wenn er die Periode des römischen Kaisertums juristisch erfassen will. Denn jeder Versuch, die staatsrechtlichen Erscheinungen dieser Zeitperiode in das Prokrustesbett der von der modernen Staatslehre geprägten Schemata zu pressen, muß mißlingen und ist mißlungen, wie wir oben gesehen haben.

Im folgenden soll nun versucht werden, eine Skizze der rechtlichen Entwicklung zu geben. Um die Zeit des Augustus richtig verstehen zu können, müssen wir schildern: 1. die wirtschaftlich-politische Entwicklung, die uns als Vorbereitung des Prinzipates erscheint, 2. die vorbereitenden staatsrechtlichen Erscheinungen, insbesondere die außerordentlichen Magistraturen der ausgehenden Republik, die den eingelebten Charakter der Magistratur zu zerstören begannen, 3. die vorbereitenden geistigen Strömungen, die für die Bildung der stillschweigenden Willensübereinstimmung des Volkes von höchster Bedeutung wurden. Darauf wird es möglich sein, die Entstehung der neuen Staatsform auf gewohnheitsrechtlichem Wege in Umrissen

darzustellen und insbesondere die staatsrechtliche Stellung des Pompejus und Cäsar mit der des Augustus zu vergleichen.

V. Die wirtschaftlich-politische Vorbereitung.

Dessau bespricht in seinem Werke über Augustus die Tätigkeit dieses Kaisers als Reformator und fällt dabei über ihn ein sehr herbes Urteil.[1]) Er verweist darauf, daß Augustus seinem eigenen Zeugnisse nach den Gedanken aufgegeben habe, die unentgeltlichen staatlichen Kornverteilungen an die hauptstädtische Bevölkerung abzuschaffen; er habe als Begründung angeführt, daß sie doch wieder von irgendeinem Wühler oder Streber eingeführt würden. „Wer so wenig zuversichtlich dachte", erklärt Dessau, „oder auch nur so reden konnte, der hat kein Recht darauf, uns als Reformator zu gelten."

Tatsächlich müssen wir bei der Schilderung der Versuche des Augustus, eine Änderung der Wirtschaftsverfassung herbeizuführen, zugeben, daß es ihm nicht gelungen ist, den von ihm selbst empfundenen Gegensatz zwischen der staatlich-politischen und der Wirtschaftsverfassung einigermaßen zu beheben. Um aber diese Tatsache recht zu würdigen, müssen wir die geschichtliche Entwicklung etwas genauer ins Auge fassen.[2]) Der erwähnte Gegensatz ist schon seit den punischen Kriegen festzustellen. Der römische Staat beruhte zwar noch formell auf der Gemeinschaft der Bürger unter dem Oberbefehl von Magistraten und der Mitwirkung des Senates. Aber diese Bürger waren zum guten Teile keine wirtschaftlich-selbständigen Bauern und

---

[1]) Bd. I, S. 93.

[2]) Zu den folgenden Tatsachen sind die Darstellungen in den Geschichtswerken zu vergleichen. Dazu Marquardt, St. V. I, S. 430ff.; Lange, R. A. III, S. 3ff. Besonders hervorheben möchte ich aber daneben Ruhland, „System der politischen Ökonomie", I. Bd.; darin „Entwicklungsgesch. d. Römer", S. 322ff.; ferner Kromayer, „Staat u. Gesellschaft der Römer", bes. S. 266. — Jörs hatte die Absicht, die Zeit der Gracchen in einer Arbeit über den Juristen P. Scaevola darzustellen, wie ich aus den handschriftlichen Aufzeichnungen im Nachlasse ersah. Auch diese Notizen standen mir zur Verfügung.

Ackerbürger mehr, wie in den früheren Jahrhunderten, sondern das Bild hatte sich in unheilvoller Weise verändert. Der zweite punische Krieg hatte Italien 16 Jahre lang vom Norden bis zum Süden dem Einmarsch feindlicher Truppen preisgegeben. Das Ackerland war geplündert und verwüstet, ganze Strecken verödet; die Betreuer des heimatlichen Bodens aber, die einheimischen Bauern, waren vom Pfluge weg zu dem Heere einberufen worden. Während sie mit Einsatz ihres Lebens unter ungeheuren Mühsalen den Feind des Reiches besiegten, war ihre wirtschaftliche Existenz dem Niedergange preisgegeben. Der kleine selbständige Bauernbesitz war so schwer geschädigt, daß er sich auch nach dem Kriege nicht mehr erholen konnte. Die kapitalistische Entwicklung dagegen ging mit Riesenschritten vor sich. Die Friedensverträge mit Karthago brachten große Summen in das Land. Aber dem kleinen Grundbesitzer fehlte es an Betriebskapital; viele Wirtschaften hatten keinen männlichen Betriebsführer, weil er im Kriege gefallen war. Den Todesstoß brachte den kleinbäuerlichen Betrieben die Stockung des Absatzes ihrer Produkte. Die Statthalter sandten aus den Provinzen große Mengen Getreidevorräte, die den Preis in Rom in unerhörter Weise herabdrückten und damit dem römisch-italischen Getreidebau jede Konkurrenz- und Existenzmöglichkeit benahmen. Eine extensive Viehwirtschaft trat an die Stelle des Getreidebaues. Da den Provinzen jede andere Getreideausfuhr verboten war, so strömten aus Sizilien, später auch aus Sardinien, Spanien und Afrika Getreidemassen nach Rom und die Bevölkerung der Hauptstadt wurde aus immer größeren Entfernungen mit dem Brotgetreide versorgt. In demselben Eilschritte, in dem der heimische Bauernstand seinem Ruine entgegenging, wuchs das hauptstädtische Proletariat. Massenhaft strömte das wirtschaftlich ruinierte Landvolk nach der Hauptstadt und bildete dort allmählich ein Proletariat, das stürmisch Brot und Spiele, bald aber auch unter entsprechender politischer Führung die Rolle des Souveräns verlangte. Damit Hand in Hand geht das Emporkommen des großen Grundbesitzes und Großbetriebes, der nach dem bekannten

Worte des Plinius[1]) Italien zugrunde gerichtet hat. Rechtlich beruhte diese Latifundienbildung auf dem uralten Okkupationsrechte bei Staatsländereien; daneben griff mit der wachsenden Macht des Großkapitals die Legung von Bauernstellen durch Ankauf des Gutes und Einfügung in einen Großbetrieb um sich. Mit der Größe der Latifundien wuchs aber auch die Zahl der Sklaven, mit denen der Großbetrieb ausgestattet wurde. Gegenüber den zwei Joch, die König Romulus jedem Bürger als Erbgut zugewiesen haben soll, finden wir am Ende des 2. Jahrhunderts v. Chr. in der leontinischen Mark allein 84 Besitzer mit durchschnittlich 100000 Hektar. Die zunehmende Zahl der Sklaven auf dem Lande wie in der Stadt brachte allmählich eine große Gefahr für die staatliche Ordnung, umsomehr, als sich in den großen Häusern die Freilassung von Sklaven zu einem schweren Unfuge auswuchs. Die so geschaffenen Neubürger in die bestehenden politischen Körper einzufügen, bildete seit der Zeit des Appius Claudius Caecus eine brennende Frage. Die Folge dieser Erscheinungen war aber auch die Rassenzersetzung der römisch-italischen Bevölkerung. Während die Nachkommen der siegreichen Bauernfamilien als Proletarier ein liederliches Leben ohne Hausstand führten, drangen mit den Freigelassenen immer stärker Elemente in den Bürgerschaftsverband ein, die aus dem hellenisierten Osten stammten.

Daß eine solche Entwicklung auf die Dauer zum Niedergange des Staates führen müßte und daß daher eine Abholfe dringend notwendig sei, erkannten viele Männer im Staate. Dies ersehen wir am besten aus der Geschichte der Gracchen-Bewegung. Als Tiberius Sempronius Gracchus sein Ackergesetz beantragte, war naturgemäß das Landvolk auf seiner Seite. Auch unter den oberen Schichten, insbesondere also unter den Mitgliedern des Senates gab es verschiedene Parteien. Neben einer Gruppe, an deren Spitze P. Scipio Nasica stand und die jede Reform überhaupt ablehnte, gab es eine andere, die ihre Notwendigkeit anerkannte und doch aus Egoismus untätig blieb, schließlich

---

[1]) H. n. 18, 35: Latifundi perdidere Italiam.

aber auch eine nicht unbedeutende Zahl von Männern, die die Unhaltbarkeit der Verhältnisse klar einsahen und Reformen geneigt waren; zu ihnen gehörte vor allem P. Scipio Aemilianus. Er wies scharf auf die Gefahr für das römische Volkstum hin.[1]) Als ihn einmal der Straßenpöbel anschrie, erklärte er, er fürchte die „Stiefsöhne" Italiens nicht, welche er in Fesseln nach Rom gebracht habe.[2]) Er wollte es daher vor allem verhüten, daß sich die Freigelassenen in die ihnen verbotenen Tribus einschlichen. Daneben erkannte man aber in der scipionischen Partei auch die Notwendigkeit einer Agrarreform, um die ehemals so gesunden wirtschaftlichen Verhältnisse einigermaßen wieder herzustellen. Laelius hatte sogar ein Ackergesetz selbst vorbereitet.[3]) Aber eine wirkliche Abhilfe war zu dieser Zeit auf den normalen Wegen der Verfassung kaum mehr möglich. So blieb es in der Frage der Freigelassenen bei den bloßen Worten und Klagen und Laelius zog schließlich seinen Antrag in der Frage der Agrarreform zurück. Neben dieser scipionischen Mittelpartei gab es noch eine Gruppe, die eine Reform unbedingt herbeiführen wollte, allerdings nur auf gesetzlichem Wege. An ihrer Spitze standen Q. Caecilius Metellus[4]), der Besieger Mazedoniens und Griechenlands, P. Scaevola und P. Crassus Mutianus. Die beiden letztgenannten Männer waren bei der Abfassung des Ackergesetzes als juristische Ratgeber des Tiberius Gracchus tätig gewesen.[5]) Nach dem Antrage sollte aller Grundbesitz aus Staatsländereien über das festgesetzte Maximum gegen Entschädigung herausgegeben und zusammen mit einem großen Teile der verpachteten Domänen den armen

[1]) Darauf beziehen sich seine Klagen de moribus: Gell. 5, 19; vgl. Livius 45, 15.

[2]) Val. Max. 6, 2, 3; Vell. 2, 4; Plut. Apoph. Scip. 22.

[3]) Plut., Ti. Gr. 8.

[4]) Cic. de rep. 1, 31; Cic. Lael. 77; de off. 1, 87; Vell. 1, 11; Val. Max. 4, 1, 12.

[5]) Cic. Acad. pr. 2, 13: Duos vero sapientissimos et clarissimos fratres P. Crassum et P. Scaevolam aiunt Ti. Graccho auctores legum fuisse: alterum quidem, ut videmus palam, alterum, ut suspicantur, obscurius.

Bürgern als kleine Bauernstellen gegen eine jährliche Abgabe (vectigal) assigniert werden. Um aber diesen Bauernstellen Dauer und Sicherheit zu gewähren, wurden die Stellen für unveräußerlich erklärt. Dieser Versuch, einen Ausgleich zwischen der formal-politischen und der wirtschaftlichen Verfassung herbeizuführen, war durchaus maßvoll. Der Reformgedanke beruhte auf einem Kompromiß zwischen dem strengen Rechte, wonach alles Gemeindeland eingezogen werden konnte, und den eingelebten tatsächlichen Verhältnissen bei den Okkupanten. Wie im Zivilrecht so häufig, so sehen wir auch hier den Versuch, das alte strenge Recht mit den dringenden Bedürfnissen der neuen Zeit zu versöhnen. Das Ackergesetz wurde angenommen und die Kommission zur Ermittlung und Aufteilung der Staatsländereien eingesetzt. Aber dieser Erfolg war nur dadurch erreicht worden, daß Gracchus seinen interzedierenden Kollegen M. Octavius von seinem Amte absetzen ließ. Deshalb wurde Gracchus bald auch von jenen Gruppen des Senates[1]) verlassen, die ihm bisher sympathisch oder wenigstens neutral gegenübergestanden waren. So mußte es zur Katastrophe des Reformers kommen, der immer radikalere Anträge stellte und sich von jenen Kreisen immer weiter entfernte. Auf Grund des Ackergesetzes, das in Geltung blieb, soll allerdings eine Vermehrung der waffenfähigen Männer um 75000 erfolgt sein. Unter den Plänen, die Gracchus für den Fall seiner Wiederwahl gefaßt hatte, scheint der wichtigste der gewesen zu sein, die Verleihung des Bürgerrechtes an die Latiner und an die Bundesgenossen zu beantragen. Das wäre einer Umgestaltung des römisch-städtischen Gemeinwesens in eine italische Republik gleichgekommen. Auf diesem Wege folgten auch jene Senatoren nicht, die seine Agrarreform unterstützt hatten. Man hielt an der überkommenen Verfassung, die sich Jahrhunderte lang bewährt hatte, starr fest, ohne zu erkennen, daß sich das beginnende Weltreich in diesen Formen nicht mehr regieren ließ. So blieb die Bürgerversammlung nach wie vor der Hauptstadt allein vorbehalten und die römischen Bürger

[1]) So Q. Metellus: Cic. Brut. 81; Plut. Ti. Gr. 14.

außerhalb der Stadt kamen als Verfassungsfaktor kaum in Betracht.

In der Folgezeit — nach dem Tode des älteren Gracchus — war noch weniger daran zu denken, aus den der Arbeit und dem Landleben entwöhnten Massen der Hauptstadt selbständige Kleinbauern — gleich ihren Vorfahren — zu machen; dies um so weniger, als schon C. Gracchus in seinem Kampfe gegen die Senatorenpartei durch die Lex frumentaria beschließen ließ, daß jeder römische Hausvater das Recht haben sollte, monatlich fünf Modien Weizen (cirka 33 kg) von Staate gegen Bezahlung eines Preises zu beziehen, der etwa ein Drittel des damaligen Durchschnittspreises darstellte. Diese Getreidemenge deckte reichlich den Bedarf von zwei Personen.[1]) Damit war jedes ernste Interesse an einer Innensiedlung geschwunden. Denn wie sollte man dem städtischen Proletarier nun ernstlich zumuten, im Schweiße seines Angesichtes den Acker zu bestellen, wenn die ausländische Konkurrenz ihm selbst bei angestrengter Arbeit keine lohnende Existenz zuließ und er ohne diese Arbeit leben konnte? An diesen Verhältnissen ist auch jede der folgenden Agrarreformen gescheitert oder hatte keine einschneidende Wirkung. Selbst die innere Kolonisation, die Cäsar[2]) in die Wege leitete, indem er in den Provinzen viele tausende römische Bürger neu ansiedelte und die Veteranen mit Bauernstellen in Campanien beteilte, hat nur erreicht, daß 170000 der Getreideempfänger — unter 320000 — gestrichen werden konnten. Auch in dieser Frage zeigte Cäsar seinen genialen Blick, indem er bei der Besiedlung solche Bewerber bevorzugte, die drei oder mehr Kinder hatten. Augustus war geneigt, Cäsar in dieser Wirtschaftspolitik zu folgen; aber trotzdem stiegen[3]) noch unter ihm die Getreideempfänger auf eine Zahl von 250000, also um 100000. Wie wir oben sahen, hat Dessau aus diesem Mißerfolg die Unfähigkeit des Augustus als Reformator erschlossen. Wir müssen aber bedenken, daß jede dieser Maßnahmen ohne dauernden Erfolg bleiben

---

[1]) Vgl. Ruhland I S. 362. [2]) Vgl. Meyer S. 407 ff.
[3]) Vgl. Dessau S. 383 ff.

mußte, solange man nicht die Rentabilität des kleinen und mittleren Bauernbesitzes gewährleisten wollte, solange man den römisch-italischen Bauer der Konkurrenz aus unterworfenen Provinzen schutzlos preisgab und in Rom die Getreidepreise sogar künstlich niederhielt. So konnte sich in unmittelbarer Nähe von Rom zwar ein intensiver Landbau in Spezialzweigen (Gemüse- und Obstbau, Gärtnerei, Geflügel- und Fischzucht und dergleichen) entwickeln[1], in der Hauptsache aber konnte sich *kein selbständiger national fühlender* Bauernstand mehr bilden oder auch nur sich dauernd erhalten. Eine Änderung wäre nur bei einer völligen Umkehr der Wirtschaftspolitik zu erreichen gewesen. Da die Stadt Rom aber im wesentlichen eine Handelsstadt und keine Produktionsstadt war[2], hätte jeder Versuch des Augustus, hier gründliche Wandlung herbeizuführen, auf allgemeinen Widerstand stoßen müssen. Bei den Patriziern und Rittern war man eben auf die Handels- und Kreditpolitik eingestellt, die Massen einseitig auf eine Konsumpolitik, sodaß auf keiner Seite eine Bereitschaft zur Nachfolge zu erhoffen war. So groß wäre die auctoritas auch des Augustus nicht gewesen, um den tacitus consensus des römischen Volkes auf dem Gebiete der Wirtschaftsverfassung in das Gegenteil verkehren zu können. Dazu kam noch, daß die Volksversammlung immer weniger eine echte Blutsgemeinschaft mit einheitlicher nationaler Tradition darstellte. Die Zuwanderung brachte eine immer stärkere Blutsmischung, die Freigelassenen waren häufig fremdländischer Abkunft, der Osten hatte solche Massen in die Weltstadt geworfen, daß man Juvenals Worte versteht: „Es ist, als ob sich der Orontes (in Syrien) in den Tiber ergossen hätte."

Staatsrechtlich folgte aus dieser wirtschaftlichen Entwicklung, daß das *eine* Organ der alten Verfassung, die Komitien, also das verfassungsmäßig gegliederte, versammelte Staatsvolk, einen ganz anderen Charakter an-

---

[1]) Vgl. Ruhland S. 376.

[2]) Vgl. meinen Aufsatz in dieser Zeitschr., Bd. XLVI, S. 212.

[3]) Vgl. Ruhland S. 369.

genommen hatte. Der politische Instinkt, die Blutsgemeinschaft und die Opferbereitschaft, die in der Versammlung des römischen Volkes gelebt hatten, waren dahin. So konnte die Volksversammlung weder bei der Schaffung von Gesetzen noch bei Wahlen jene Aufgaben erfüllen, die die Zeit erforderte. Aber auch die Libertas der altrömischen Bürgergemeinde hatte ihren Sinn verloren, weil sie tatbereite und verantwortungsbewußte Glieder der Gemeinschaft voraussetzte. So war der Begriff der Freiheit nicht mehr im Herzen der Bürger lebendig, sondern er war zu einem formalen Begriff, zu einem Schlagwort geworden. Viel größeres Interesse hatte die Masse an der Fürsorge, die man vom Staate erhoffte und forderte. So erklärt sich die Bereitschaft zur Nachfolge bei der Masse, als der Prinzipat immer deutlicher wurde. Man hatte längst darauf verzichtet, wirklich Einfluß auf die Bildung des Staatswillens zu besitzen, begnügte sich mit der Aufrechterhaltung der alten Formen der Freiheit und freute sich, von dem Prinzeps verkündet zu hören, daß die Sicherheit und „Wohlfahrt" aller Bürger sein Programm darstelle. Der eine Faktor der altrepublikanischen Verfassung war damit reif geworden für die Umwandlung der Staatsform in eine gemäßigte Monarchie.

VI. Die staatsrechtliche Vorbereitung.

Der zweite Grundpfeiler der altrepublikanischen Staatsordnung bestand in der selbstgewählten Obrigkeit. In Jahrhunderten hatten sich die einzelnen Magistraturen nach den Bedürfnissen der Zeit entwickelt. Wie aber die Volksversammlung der einen Stadt nicht mehr imstande war, die Staatsaufgaben im beginnenden Weltreiche wirklich zu erfüllen, so erwies sich im ersten Jahrhundert v. Chr. immer deutlicher, daß man die Aufgaben der Regierungstätigkeit nicht mehr mit den überlieferten Magistraturen bewältigen konnte, sobald Notwendigkeiten hervortraten, die sich nicht in den normalen Bahnen der Verwaltung bewegten. Das trat z. B. deutlich im Seeräuberkriege hervor, als man den Pompejus im Jahre 67 v. Chr. durch die lex Gabinia mit einem außerordentlichen prokonsularischen Kommando

ausstattete.[1]) Der prokonsularische Charakter war eine Durchbrechung der Überlieferung. Dazu kam noch die Schaffung von Legaten mit proprätorischer Stellung und Beigabe von Liktoren. Schon im nächsten Jahre wurde Pompejus wieder ein ähnliches Kommando gegen Mithridates und Tigranes übertragen.[2]) Die Durchdrückung der beiden Anträge gegen den Widerstand der angesehensten Mitglieder der Nobilität zeigte deutlich, daß sich die Bedürfnisse des Tages stärker erwiesen als die Tradition. Mit Recht hebt Meyer[3]) hervor, daß Pompejus schon auf eine ganz ungewöhnliche Weise zum Konsulat gekommen war. Die

---

[1]) Der Antrag bei Dio 36,23: *στρατηγὸν ἕνα αὐτοκράτορα ἐφ' ἅπαντας αὐτοὺς ἐκ τῶν ὑπατευκότων ἑλέσθαι, τρισί τε ἔτεσιν ἄρξοντα καὶ δυνάμει παμπληθεῖ μεθ' ὑποστρατήγων πολλῶν χρησόμενον.* Das Gesetz besagte über das Kommando nach Dio (36, 37): . . *τῆς δὲ Ἰταλίας ἀντὶ ὑπάτου ἐπὶ τρία ἔτη, προςέταξεν αὐτῷ ὑποστρατήγους τε πεντεκαίδεκα καὶ τὰς ναῦς ἁπάσας τά τε χρήματα καὶ τὰ στρατεύματα ὅσα ἂν ἐθελήσῃ λαβεῖν ἐψηφίσαντο.* Übereinstimmend die Berichte: Appian Mithr. 94: *Γναῖον Πομπήιον αἱροῦνται νόμῳ στρατηγὸν ἐπὶ τριετὲς αὐτοκράτορα εἶναι θαλάσσης τε ἁπάσης ἢ στηλῶν Ἡρακλείων ἐντός ἐστι καὶ γῆς ἀπὸ θαλάσσης ἐπὶ σταδίους τετρακοσίους ἄνω. Βασιλεῦσί τε καὶ δυνάσταις καὶ ἔθνεσι καὶ πόλεσι πάσεις ἐπέστελλον ἐς πάντα συλλαμβάνειν τῷ Πομπηίῳ καὶ αὐτῷ στρατιὰν καταλέγειν ἔδοσαν καί χρήματα ἀγείρειν.* Vgl. Plut. Pomp. 25, Tac. Ann. 15, 25. — Zum prokonsularischen Charakter: Vell. 2, 31: — ut esset — imperium aequum in omnibus provinciis cum proconsulibus usque ad quinquagesimum miliarium a mari. Betreffs der Legaten: Cic. de imp. Pomp. 19, 57: ... legatum quem velit; Appian Mithr. 94: . . *ὑπηρέται δ' ἀπὸ τῆς βουλῆς, οὓς καλοῦσι πρεσβευτάς, πέντε καὶ εἴκοσιν, οἷς ὁ Πομπήιος .. ἐδίδου .. στρατηγίας σημεῖα περικεῖσθαι* .. Plut. Pomp. 25: . . *πρὸς δὲ τούτοις ἑλέσθαι πεντεκαίδεκα πρεσβευτὰς αὐτὸν ἐκ βουλῆς ἐπὶ τὰς κατὰ μέρος ἡγεμονίας.* ebda. 26: *Ἡγεμονικοὶ δὲ καὶ στρατηγικοὶ κατελέγησαν ἀπὸ βουλῆς ἄνδρες εἴκοσι τέσσαρες ὑπ' αὐτοῦ, δύο δὲ ταμίαι παρῆσαν.* — Die Sammlung der Belegstellen zu Abschnitt VI fand sich auch in Jörs' Kollegienheft.

[2]) Appian Mithr. 97: *τὸν Πομπήιον . . εἵλοντο τοῦ πρὸς Μιθριδάτην πολέμου στρατηγὸν ἐπὶ τῆς ὁμοίας ἐξουσίας αὐτοκράτορα ὄντα, ὅπῃ θέλοι, συντίθεσθαί τε καὶ πολεμεῖν καὶ φίλους ἢ πολεμίους Ῥωμαίοις οὓς δοκιμάσειε ποιεῖσθαι· στρατιᾶς τε πάσης, ὅση πέραν ἐστὶ τῆς Ἰταλίας ἄρχειν ἔδωκαν.* — Plut. Pomp. 30: . . *ὅσης Λεύκολλος ἄρχει χώρας καὶ δυνάμεως Πομπήιον παραλαβόντα πᾶσαν προςλαβόντα δὲ καὶ Βιθυνίαν-πολεμεῖν Μιθριδάτῃ καὶ Τιγράνῃ-ἔχοντα καὶ τὴν ναυτικὴν δύναμιν καὶ τὸ κράτος τῆς θαλάσσης, ἐφ' οἷς ἔλαβεν ἐξ ἀρχῆς.* Vgl. Dio 36, 42.

[3]) Meyer, Cäsar u. Pomp., S. 10f.

Sullanische Verfassung erwies sich eben als unfähig, die Schwierigkeiten zu bewältigen. Die große Körperschaft des Senates beschloß Gutachten: in früheren Jahrhunderten hatten sie als Richtlinien für die Magistrate genügt. In außergewöhnlichen Lagen aber rasch Entschlüsse zu fassen und diese kraftvoll durchzuführen, gelang dem Senate nicht mehr. Dazu kam noch, daß die Körperschaft innerlich zerrissen, das Fraktionswesen mit Dauerreden eingedrungen war und in dem Betriebe immer mehr der formale Mechanismus in den Vordergrund trat[1]), der von dem einstigen einheitlichen Machtwillen nichts mehr spüren ließ. — Diese Kommanden des Pompejus bedeuteten eine Machtfülle, die die normale Amtsgewalt weit überragte. Es war vor allem der Begriff der gesonderten provincia verlassen und ein Begriff des „Reichsgebietes", — wenn auch mit Einschränkung — eingeführt worden. Die Befugnis, die Unterführer nach eigenem Ermessen zu wählen, machte Pompejus damit gleichsam zu einem Könige über Königen (Appian Mithr. 94). Daß er damit die Vollmacht erhielt, Männer nach seinem Belieben mit dem proprätorischen Rang auszustatten, war eine neue Erscheinung gegenüber dem bisherigen Rechte. Durch die lex Manilia (66 v. Chr.) wurde der Befehlsbereich noch weiter ausgedehnt, indem zu den Provinzen, die schon durch die lex Gabinia ihm unterworfen waren, noch Phrygien, Lykaonien, Galatien, Kappadokien, Kilikien, Kolchis und Armenien hinzukamen. Er war jetzt nicht nur Oberfeldherr, sondern erhielt noch das Recht, in diesem Gebiete Krieg und Frieden zu schließen und zu Freund oder Feind (amici oder hostes) zu erklären, wen er wolle.[2])

In dieselbe Gruppe gehört das Kommando, das Cäsar im Jahre 59 v. Chr. auf Grund des Gesetzesantrags des Volkstribunen Vatinius durch Volksbeschluß erhielt.[3]) Wie eine

---

[1]) Durch Meyer in dem genannten Werke klar zur Darstellung gebracht.

[2]) Siehe S. 303 Anm. 2.

[3]) Dio 38, 8: *Ὅ τε γὰρ ὅμιλος τοῦ τε Ἰλλυρικοῦ καὶ τῆς Γαλατίας τῆς ἐντὸς τῶν Ἄλπεων ἄρξαι αὐτῷ μετὰ τριῶν στρατοπέδων ἐπὶ ἔτη πέντε ἔδωκε καὶ ἡ βουλὴ τήν τε Γαλατίαν τὴν ἐπέκεινα τῶν ὀρῶν καὶ στρατόπε-*

Ironie mutet es an, daß der Senat zu den drei verliehenen Provinzen noch eine vierte hinzubeschloß, „damit das Volk nicht auch noch diese Provinz vergeben könne".[1]) Wieder verlieh das Gesetz dem Kommandoführer das Recht, Legaten mit proprätorischem Rang zu bestellen.

Durch die Art, wie hier die Zuteilung der Provinzen erfolgte, war eine neue Bresche in die bisher geübten staatsrechtlichen Formen geschlagen. Eine weitere Etappe auf diesem Wege war die lex Trebonia aus dem Jahre 55 v. Chr., durch die dem Pompejus und Crassus je ein Kommando in Spanien und im Oriente mit umfassenden Befugnissen gewährt wurde.[2]) Daß es bei der Beschlußfassung zu

---

δον ἕτερον προσεπέτρεψε. Vgl. Plut. Caes. 14; Schol. Bob. in Vat. § 14 (p. 317 Or. 146 St.). Oros. 6, 1, 7: C. Caesare et L. Bibulo consulibus lege Vatinia Caesari tres provinciae cum legionibus septem in quinquennium datae Gallia Transalpina et Cisalpina et Illyricus: Galliam Comatam postea senatus adiecit. Vgl. Plut. Cato min. 33; Suet. Caes. 22. — Betreffs der Legaten: Cic. in Vat. § 35: . . . quo tandem senatus consulto legatus sis? — tua lege dicis. Eripueras senatui provinciae decernendae potestatem, imperatoris deligendi iudicium, aerarii dispensationem ... Caes. bell. Gall. 1, 21: ... T. Labienum, legatum pro praetore. Cic. ad fam. 1, 7, 10: Nam et stipendium Caesari decretum est (vom Senate) et decem legati (58 v. Chr.) In Caes. b. civ. heißt es (für das Jahr 49, kurz vor der Diktatur): Mittit . . . n Siciliam Curionem pro praetore cum legionibus quattuor.

[1]) Vgl. Meyer a. a. O. S. 154.

[2]) Dio 39, 33, 2. *Γαίος . . . Τρεβώνιος δημαρχῶν ἔγραψε τῷ μὲν τήν τε Συρίαν καὶ τὰ πλησιόχωρα αὐτῆς, τῷ δὲ τὰς Ἰβηρίας καὶ γάρ τι καὶ ἔναρχος ἐκεκίνηντο, ἄρχειν ἐπὶ πέντε ἔτη δοθῆναι στρατιώτας τε ὅσοις ἂν ἐθελήσωσι καὶ τῶν πολιτῶν καὶ τῶν συμμάχων χρωμένοις καὶ πόλεμον καὶ εἰρήνην πρὸς οὓς ἂν βουληθῶσι ποιουμένοις.* Vell. 2, 48: — Pompeius Hispanias — per triennium absens ipse ac praesidens urbi per Afranium et Petreium, consularem ac praetorium, legatos suos, administrabat. Ebda. 50, 3 uterque legatorum. Plut. Pomp. 53: . . . *πρεσβευταῖς φίλοις παραδοὺς τὰ στρατεύματα καὶ τὰς ἐπαρχίας.* Vgl. Plut. Caes. 36. Appian, Bürg. 2, 18 . . . *καὶ τοὺς φίλους* (die Legaten) *περιπέμπων αὐτὸς ὑπέμεινεν ἐν Ῥώμῃ.* Asconius p. 35 Or. 32 St.: Cn. Pompeius qui pro consule ad urbem erat (52 v. Chr., vor der Wahl des Pomp. zum alleinigen Konsul). Zur Verlängerung des Kommandos: Plut. Caes. 28 a. E.: *Οἱ δὲ* (der Senat) *καὶ χρόνον ἐψηφίσαντο τῶν ἐπαρχιῶν. . . . πρεσβευτὰς ἀποστέλλων καὶ στρατεύματα τρέφων, οἷς ἐλάμβανεν ἐκ τοῦ δημοσίου ταμιείου χίλια τάλαντα καθ' ἕκαστον ἐνιαυτόν* (J. 52). Vgl. Plut. Pomp. 55 E.

blutigen Schlägereien kam[1]), bewies aufs neue, daß das Gefühl der Ehrfurcht und des Gehorsams gegenüber der ererbten Verfassung ganz oder nahezu ganz erloschen war. Der Befehlsbereich war Pompejus und Crassus auf fünf Jahre gewährt, dazu wiederum das Recht gegeben, nach freiem Ermessen Truppen auszuheben, die Bürger und Bundesgenossen heranzuziehen, Krieg und Frieden zu erklären, alles nach Gutdünken. Staatsrechtlich war es besonders von Bedeutung, daß Pompejus das Heer in Spanien durch Unterfeldherren führen ließ, die er selbst bestimmte, selber aber vor den Toren von Rom blieb in der Stellung eines Prokonsuls. Die Unterfeldherren, die er aus der Zahl seiner Freunde bestellt hatte, gehörten selbst der konsularischen und prätorischen Rangsklasse an.

Außerhalb der normalen Formen war ferner das Kommando, das dem Brutus[2]) und Cassius[3]) im Jahre 43 auf

---

[1]) Vgl. Meyer a. a. O. S. 157.

[2]) Der Antrag im Senate, der spätestens Ende Februar 43 gestellt wurde, lautete nach Cic. Phil. 10, 26: utique Q. Caepio Brutus pro consule provinciam Macedoniam, Illyricum cunctamque Graeciam tueatur — eique exercitui, quem ipse constituit — praesit. pecuniamque ad rem militarem, si qua opus sit, quae publica sit — utatur —, pecuniasque a quibus videatur ad rem militarem mutuas sumat, frumentumque imperet. Vgl. Dio 47, 22 — *τήν τε Μακεδονίαν — πᾶσαν καὶ τὴν Ἤπειρον προςλαβὼν ἐπέστειλε τῇ γερουσίᾳ — Οἱ δὲ — πάντων τῶν ἐκεῖ χωρίων ἄρχειν ἐκέλευσαν.* Appian, Bürg. 3, 63 (durch Senatus consultum) *Μακεδονίας δὲ καὶ τῆς Ἰλλυρίδος αὐτῆς καὶ τῶν ἐν ἀμφοτέραις, ὑπολοίπων στρατῶν Μᾶρκον Βροῦτον ἄρχειν μέχρι καταστταίη τὰ κοινά.*

[3]) Dio 47, 28 E — *καὶ αὐτῷ — ἡ βουλὴ τήν τε ἀρχὴν τῆς Συρίας ἐβεβαίωσε καὶ τὸν τοῦ Δολαβέλλου πόλεμον ἐψηφίσατο.* Im Senate war der Antrag gestellt, ihm das Kommando zum Kriege gegen Dolabella zu übertragen, Cic. Phil. 11, 30: — ut imperandi in Syria Asia Bithynia Ponto ius potestatemque habeat, utique, quamcumque in provinciam eius belli gerendi causa advenerit, ibi maius imperium C. Cassii pro consule sit, quam eius erit, qui eam provinciam tum obtinebit, cum C. Cassius pro consule in eam provinciam venerit. Dieser Antrag wurde nicht angenommen (s. Drumann I[2] 199ff.). Doch Cassius fand später Anerkennung; s. oben Dio; ferner Cic. ad fam. 12, 11. 12, wo die Überschrift lautet: C. Cassius pro co(n)s(ule) s. d. M. Ciceroni suo. Vgl. Appian, Bürg. 3, 64: *Βρούτῳ καὶ Κασσίῳ τὰς ἡγεμονίας εἰς τὰ μέγιστα ἔθνη διαλλάξαι, στρατόπεδά τε δοῦναι πολλὰ ἀθρόως καὶ χρήματα καὶ ἡγεμόνας ἡγεμόνων ἀποφῆναι πάντων, ὅσοι πέραν εἰσὶ τῆς Ἰονίου*

42 für den Orient bewilligt wurde. Der Antrag für Brutus wurde spätestens im Februar 43 gestellt. Wir finden im Antrage, der im Senat gestellt und angenommen wurde, einen umfassenden Befehlsbereich, die Befugnis des Brutus, alle staatlichen Machtmittel zu benützen und das Heer selbst aufzustellen, alles dies in der staatsrechtlichen Stellung eines Prokonsuls. Staatsrechtlich noch interessanter war der Antrag für Cassius. Darin war ausdrücklich gesagt, daß sein prokonsularisches Kommando in allen Provinzen ein maius imperium gegenüber den Provinzstatthaltern darstellen solle. Zwar wurde dieser Antrag nicht angenommen, doch die Verfügungen des Cassius hinterher genehmigt. Auch Cassius selbst faßte seine Amtsgewalt als prokonsularische auf. Beiden Führern war gleichzeitig das Recht gewährt worden, Unterfeldherren mit prätorischem Rang zu bestellen.

In diese Kategorie gehört wohl auch die Stellung, die Sextus Pomponius im Jahre 44 v. Chr. unmittelbar nach dem Tode Cäsars als „Praefectus orae maritimae“ einnahm.[1]) Mit ihr waren ähnliche Machtbefugnisse über die Flotte

---

θαλάσσης. Vgl. ferner Appian 3, 78; 4, 58; Josephus Ant. 14, 263; zur Lage nach Mutina: Dio 46, 40; Vell. 2, 62.

[1]) App. Bürg. 4, 84: *ἡ βουλὴ κατεκάλει Πομπήιον. Ὁ δὲ ἐν Μασσαλίᾳ γενόμενος περιεσκόπει ἔτι τὰ ἐν Ῥώμῃ. Αἱρεθεὶς δὲ καὶ τῆς θαλάσσης ἄρχειν καθὰ ἦρχεν αὐτοῦ καὶ ὁ πατήρ, . . . ἐξέπλευσε* (vgl. Gardthausen I, 144ff.; Drumann I, 564ff.). Nach Appian, Bürg. 3, 4 hatte Antonius im Senate den Antrag gestellt: *Σέξτιον Πομπήιον . . . . εἶναι δὲ καὶ στρατηγὸν ἤδη τῆς θαλάσσης καθὼς ἦν καὶ ὁ πατὴρ αὐτοῦ καὶ ταῖς Ῥωμαίων ναυσὶν αὐτίκα ταῖς πανταχοῦ χρῆσθαι ἐς τὰ ἐπείγοντα . . . ἕκαστα . . . ἡ βουλὴ μετὰ προθυμίας ἐξεδέχατο.* Entsprechend App. 4, 94: . . . *Πομπήιον . . . θαλασσοκράτορα ἀπέφηναν.* Vgl. App. 3, 36 und 37; 4, 70 und 96. Vell. 2, 73: . . . senatus . . . post Antonii a Mutina fugam eodem illo tempore quo Bruto Cassioque transmarinas provincias decreverat, revocatum ex Hispania . . . orae maritimae praefecerat. — Auf Münzen (Cohen I² p. 30f.) begegnet die Aufschrift: Sex. Pompeius praefectus orae maritimae. — Auf einer Inschrift aus Marsala, die Mommsen (Hermes XXX, 460) mitteilte, heißt es: Mag(no) Pompeio Mag(ni) f(ilio) Pio imp(eratore) augure co(n)s(ule) desig(nato) por[ta]m et turres L. Plinius L(ucii) f(ilius) Rufus leg(atus) pr(o)pr(aetore) pr(aetor) des(ignatus) f(aciendos) c(uravit). Vgl. noch Dio 46, 40; 47, 12; 48, 17; 48, 36; Cic. Phil. 5, 14—15, 39—41.

verbunden, wie sie sein Vater seinerzeit im Seeräuberkrieg erlangt hatte. Zu derselben Gruppe außerordentlicher Amtsgewalten ist die des Octavian im Jahre 43 zu rechnen, als er proprätorischen Rang erhielt.[1])

Etwas anderer Art war das Getreideamt, das den Pompejus im Jahre 57 mit umfassenden Befugnissen ausstattete.[2]) Der Antrag des Tribuns Messius wurde zwar nicht angenommen. Er hätte dem Pompejus die volle Verfügung über die Staatskasse, über Flotte und Heer und vor allem ein maius imperium in den Provinzen gegenüber den Statthaltern gewährt. Was dem Cassius 14 Jahre später noch zunächst verweigert wurde, war auch für Pompejus nicht durchzusetzen. Aber auch der Antrag der Konsuln, der Gesetz wurde, gewährte ihm auf eine Dauer von fünf Jahren ein umfassendes Amt betreffs der Getreideverwaltung. Es wurden ihm dazu vom Senate 15 Legaten mit proprätorischem Range beigegeben. So bürgerte sich die

---

[1]) Cic. Phil. V, 45, 46, 53. Vgl. Gardthausen I, 93; II, 55; Mommsen, Staatsrecht II, 640, 3.

[2]) Cic. ad Att. 4, 1, 7: Postridie senatus frequens — (Pompeius) legatos quindecim cum postularet, me principem nominavit. — Legem consules conscripserunt, qua Pompeio per quinquennium omnis potestatis rei frumentariae toto urbe terrarum daretur. Alteram Messius, qui omnis pecuniae dat potestatem et adiungit classem et exercitum et maius imperium in provinciis quam sit eorum, qui eas obtineant. Pompeius illam (legem consularem) velle se dicit, familiares hanc (Messiam). Liv. per. 104: Cn. Pompeio per quinquennium annonae cura mandata est. Nach Dio 39, 9 überredet Cicero die Römer: *ἐπιμελετὴν τοῦ σίτου τὸν Πομπήιον προχειρίσασθαι καὶ διὰ τοῦτο καὶ ἀρχὴν αὐτῷ ἀνθυπάτου καὶ ἐν τῇ Ἰταλίᾳ καὶ ἔξω ἐπὶ πέντε ἔτη δοῦναι. Καὶ ὁ μὲν ὥσπερ ἐπὶ τοῖς καταποντισταῖς πρότερον οὕτω καὶ τότε ἐπὶ τῷ σίτῳ πάσης αὖθις τῆς οἰκουμένης τῆς ὑπὸ τοῖς Ῥωμαίοις τότε οὔσης ἄρξειν ἔμελλε.* Im gleichen Sinne berichtet Appian, wenn auch an falscher Stelle; Bürg. 2, 18: *Ῥωμαῖοι δὲ λιμῷ πιεζόμενοι Πομπήιον εἵλοντο τῆς ἀγορᾶς αὐτοκράτορα εἶναι, καὶ οἱ καθάπερ ἐπὶ τῶν λῃστηρίων εἴκοσιν ἀπὸ τῆς βουλῆς ὑπηρέτας ἔδωκαν.* Plut. Pomp. 49: *Κικέρων — τῷ σιτικῷ νόμῳ συνηγορῶν τρόπῳ τινὶ πάλιν γῆς καὶ θαλάσσης ὅσην ἐκέκτηντο Ῥωμαῖοι κύριον ἐποίει Πομπήιον. Ἐπ' αὐτῷ γὰρ ἐγίνοντο λιμένες, ἐμπόρια, καρπῶν διαθέσεις, ἑνὶ λόγῳ, τὰ τῶν πλεόντων πράγματα, τὰ τῶν γεωργούντων.* 50. *Ἐπισταθεὶς δὲ τῇ περὶ τὸ σιτικὸν οἰκονομίᾳ καὶ πραγματείᾳ πολλαχοῦ μὲν ἀπέστειλε πρεσβευτὰς καὶ φίλους, αὐτὸς δὲ πλεύσας εἰς Σικελίαν καὶ Σαρδόνα καὶ Λιβύην ἤθροιζε σῖτον.*

cura annonae ein, die später unter Augustus eine so bedeutende Rolle spielen sollte. Wer die gesamte Getreideverwaltung in der Hand hatte, beherrschte natürlich den römischen Markt vollkommen. Da aber die Hauptstadt, wie wir hörten, ganz auf die Zufuhr von Brotgetreide angewiesen war, so erscheint es nicht unrichtig, wenn Plutarch von Pompejus sagt, daß er dadurch in Wahrheit Herr über Land und Meer geworden war.[1]) Eine weitere Durchbrechung der Verfassungsformen bedeutete die Stellung, die Pompejus im Jahre 52 v. Chr. erhielt, als er consul sine collega wurde.[2]) Der Antrag wurde im Senate auf Betreiben Catos und auf Antrag des Bibulus angenommen und so vor die Komitien gebracht. Der Ausdruck Diktator wurde dabei vermieden, die Amtsgewalt aber war im wesentlichen die gleiche.

Weit einschneidender noch als alle diese außerordentlichen Kommanden und Ämter waren jene Gewalten, die im 1. Jahrhundert v. Chr. wiederholt begegnen und die mit schrankenloser Allmacht ohne Rücksicht auf die Verfassung ausgestattet waren. Sie treten uns meist als konstituierende Gewalten entgegen, sind also zur Umgestaltung und Neuordnung des Gemeindewesens bestimmt. Als Vorbilder können die Diktatur in ihrer älteren Form und das Dezemvirat gewirkt haben. Es hat aber wohl auch das griechische Institut der Aisymnetie dabei Einfluß geübt. Hierher gehört die Diktatur des Cornelius Sulla, wie sie ihm durch die lex Valeria im Jahre 82 v. Chr. gewährt wurde. Hierher zu zählen ist ferner die Stellung des Cäsar als

---

[1]) Plut. Apophth. reg. et imp. Pomp. 12: *Ἰσχυρᾶς δὲ σιτοδείας ἐν Ῥώμῃ γενομένης ἀποδειχθεὶς λόγῳ μὲν ἀγορᾶς ἐπιμελητής, ἔργῳ δὲ γῆς καὶ θαλάσσης κύριος.*

[2]) Dio 40, 50, 4: . . *τῷ Πομπηίῳ τὴν ὑπατείαν, ὥστε μὴ δικτάτωρα αὐτὸν λεχθῆναι καὶ μόνῳ γε, ἵνα μὴ ὁ Καῖσαρ αὐτῷ συνάρξῃ δόντες* (die Senatoren). Ascon. p. 37 Or. 33f. St.: Visum est optimatibus, tutius esse eum consulem sine collega creari et cum tractata ea res esset in senatu, facto in M. Bibuli sententiam senatus consulto Pompeius ab interrege Servio Sulpicio . . . consul creatus statimque consulatum iniit. Plut. Caes. 28: *Οἱ περὶ Κάτωνα πείθουσι τὴν γερουσίαν ὕπατον αὐτὸν — ἀποδεῖξαι μόνον, ὡς μὴ βιάσαιτο δικτάτωρ γενέσθαι νομιμωτέρᾳ μοναρχίᾳ παρηγορηθείς.* Vgl. Appian, Bürg. 2, 23 und Tac. Ann. 3, 28.

Diktator rei publicae constituendae causa und seine cura morum. Die Diktatur wurde zwar im Jahre 44 durch die lex Antonia abgeschafft, aber nur dem Namen und der Form nach. Schon im folgenden Jahre wurden ja bekanntlich durch die lex Titia die „Tresviri rei publicae constituendae causa" bestellt. Da der eine von ihnen nach Beseitigung seiner Genossen die Gewalt allein weiter führte, bis er sie schließlich dem Senat und Volke zur Verfügung stellte und dafür „Augustus" genannt wurde, wird es zweckmäßiger sein, diese über die Verfassung gestellten Gewalten an späterer Stelle genauer zu betrachten. Soviel aber muß hier gesagt sein: die außerordentlichen Kommanden, die wir mit ihren weitgehenden Befugnissen als Neuerscheinungen des Staatslebens im ersten Jahrhundert fanden, beweisen auf das klarste, daß der Senat samt den normalen Magistraturen in gefahrvollen Lagen kein Auslangen fand, sondern gezwungen war, außerordentliche Amtsgewalten mit größerem Wirkungskreise anzuerkennen. Andererseits untergruben naturgemäß die Gewalten, die zur Neuordnung des Staates bestimmt waren, jede feste Vorstellung von den Schranken des Staatsrechtes und schufen so die Bahn für dessen Neuentwicklung.

VII. Vorbereitende geistige Strömungen.

Aber weder die Beobachtung der wirtschaftlich-politischen noch die der staatsrechtlichen Entwicklung reicht zum Verständnisse des entstehenden tacitus consensus aus; hinzu treten die geistigen Strömungen, die dem Kaisertum den Weg bereiteten. Gerade diese Frage ist in der letzten Zeit öfters und eingehend behandelt worden. Reitzenstein[1]) und Meyer haben vor allem den Einfluß von Ciceros philosophischen Schriften behandelt. Ihr Ergebnis ist von R. Heinze[2]) entschieden abgelehnt worden.

Wir müssen uns deshalb erneut die Frage vorlegen, ob der Prinzipat des Augustus auf Ciceros philosophischen

---

[1]) Außer in der oben genannten Schrift vgl. die Ausführungen in Hermes (Jahrg. 1924) „Zu Ciceros de re publica", S. 356ff.

[2]) Hermes, Jahrg. 1924, S. 72ff.



Schriften, insbesondere der Arbeit de republica beruhe. Manche Schriftsteller meinen, daß Augustus die von ihm gewollte Staatsform in der genannten Schrift Ciceros vorgezeichnet fand und sie bewußt übernommen habe.[1]) Das ist m. E. vollkommen irrig. Der Tod seines Großoheims, des Diktators Cäsar, traf Octavian ganz unvorbereitet. Als Achtzehnjähriger hatte er in kürzester Zeit Entscheidungen zu treffen, die seinem ganzen Leben die Richtung gaben. Wenn er hierbei trotz der Bedenken der Mutter und des Abratens des Stiefvaters den eigenen Weg ging, der unerhört kühn war, so kann er nur aus einem starken politischen Instinkt gehandelt, unmöglich aber sich erst aus Ciceros Broschüre Rat geholt haben. Mit der Philosophie hatte er sich damals überhaupt noch gar nicht oder doch nur sehr wenig beschäftigt. Er sollte ja in Apollonia erst seine Studien fortsetzen. Er war auch von keinem philosophischen Lehrer begleitet. Denn Apollodoros von Pergamon war Lehrer der Rhetorik.[2]) Wenn Octavian bald nach 44 mit Cicero in Verbindung trat, so dürfen wir uns durchaus nicht vorstellen, daß er von diesem Manne einen großen Eindruck empfangen habe. Hätte er nicht gewußt, daß Cicero den Antonius tödlich hasse[3]), so hätte er kaum den Schritt getan. Cicero aber bewies in diesem Falle wiederum den Mangel politischen Instinktes. Ratlos schreibt er an Atticus: quem autem sequamur? vide nomen, vide aetatem. (Att. XVI, 8, 1) „sin autem vincitur, vides intolerabilem Antonium, ut quem velis nescias". Schließlich entscheidet er sich in völliger Verkennung der Bedeutung Octavians: „in isto iuvene, quamquam animi satis, auctoritatis parum est". Kurz darauf ist er über Octavians Verhalten entsetzt: „laudandum adolescentem, ornandum, tollendum", was Octavian wieder erfährt.[4]) Kann sich jemand ernstlich einen achtzehnjährigen Jüngling vorstellen, der auf eine solche Erfahrung hin die philosophischen Lehren dieses Mannes als Richtschnur seines Handelns nehmen möchte? Ganz

---

[1]) Vgl. Ehrenberg a. a. O. S. 20ff.; Gelzer a. a. O. S. 147ff.

[2]) Vgl. etwa Dessau I S. 577.

[3]) Vgl. Meyer, Kaiser Augustus, S. 451. [4]) Ebda S. 452.

abgesehen davon, daß er als Erbe Cäsars keine Hinneigung zu einem Politiker und Schriftsteller empfinden konnte, der die Ermordung des Diktators in maßloser Weise gepriesen hatte.

Da es also ganz unwahrscheinlich ist, daß der junge Oktavian von den Schriften Ciceros beeinflußt war, bliebe noch die Möglichkeit, daß diese Einwirkung später begann. Dafür könnte angeführt werden, daß unter ihm Ciceros Sohn Konsul wurde und die Schriften Ciceros große Verbreitung fanden. Eine solche Möglichkeit hat Heinze im Auge, wenn er sagt: „. . . So gern wir auch der Vorstellung nachhängen mögen, daß ein Augustus sich an dem Ideal des rector begeistert habe.“[1]) Aber auch diese Vorstellung erscheint bei näherem Zusehen unwahrscheinlich. Augustus hat zwar später die Philosophie gepflegt; mindestens seit dem Jahre 30 stand er in Beziehungen zu Arius von Alexandrien und zu Athenodorus aus Tarsus.[2]) Diese waren Stoiker, zu denen wir auch Cicero zu rechnen haben. Aber das will wenig besagen; denn auch Cato und Brutus hatten sich zu dieser Richtung bekannt, wie sie überhaupt bei den Römern die herrschende war. Mag Augustus auch wirklich eine Broschüre „Ermahnungen zur Philosophie“ geschrieben haben, so beweist dies doch kein näheres Verhältnis zur Philosophie.[3]) Wir haben keine einzige Nachricht, aus der mit einiger Wahrscheinlichkeit erschlossen werden könnte, daß die Staatsphilosophie Ciceros auf ihn Einfluß gehabt habe, soweit es seine eigenen Entschlüsse betraf. Augustus war eben nach seiner ganzen Veranlagung kein Theoretiker, sondern Realpolitiker.

Damit soll durchaus nicht behauptet werden, daß die staatstheoretischen Schriften Ciceros für die Bildung des Prinzipates gleichgültig gewesen seien. Sie haben dem Augustus ungewollt die Bahn geebnet, indem sie vor allem in den senatorischen Kreisen die Stimmung verstärkten, die diese Männer zur Nachfolge bereit machte. Aber eine Verkennung liegt auch darin, daß man, wie etwa Ehren-

---

[1]) a. a. O. S. 94. [2]) Vgl. Dessau S. 578.
[3]) Ebda S. 580.



berg, meint[1]), Cicero habe mit der Schrift de republica, seines Schrittes selbst noch keineswegs bewußt, den Übergang vom aristokratischen zum monarchischen Ideal vollzogen und hier sei einer der seltenen Augenblicke der Weltgeschichte, da die politische Theorie auf die Praxis entscheidenden Einfluß gewann. Heinze hat durchaus treffend hervorgehoben, daß Cicero überhaupt nicht von einem Prinzeps spricht und daß er für die monarchische Staatsform keineswegs eintritt. Die Argumente, die Reitzenstein dagegen vorbrachte, sind durchaus nicht zwingend. Der hauptsächliche Quellenbeleg ist Augustinus civ. Dei V, 13: Tullius . . . in eisdem libris, quos de re publica scripsit ubi loquitur de instituendo principe civitatis, quem dicit alendum esse gloria et consequenter commorat maiores suos multo mira et praeclara gloriae cupiditate fuisse; er besagt sehr wenig. Wir dürfen nicht vergessen, daß man zur Zeit des Augustinus selbstverständlich an den einen Prinzeps dachte, an den Kaiser. Späteren Generationen mochte die Schrift Ciceros wie eine Behandlung des Prinzipates seit Augustus erscheinen. Aber bei Cicero war es sicher nicht so gemeint. Reitzenstein[2]) hat Unrecht damit, daß das monarchische Element bei Cicero vor allem in dem Prinzeps verkörpert sei und dem Königtum der früheren Verfassung entspreche. Systematisch gehört der Prinzeps bei Cicero durchaus zu dem aristokratischen Element, da er zu den ἄριστοι zählt, unter diesen aber doch durch seine persönlichen Eigenschaften die anerkannte Führerstellung einnimmt. Wenn Cicero an anderer Stelle (De har. 40) klagt: „auctoritas principum cecidit“, so erträumt er sich eben einen neuen Aufschwung dieses Reiches durch die sittliche Erneuerung der Optimaten und vor allem durch das Auftreten eines überragenden Führers, der als Privatmann eine solche Geltung habe, daß er in jeder Notlage des Staates eingreifen könne, aber auch durch seinen überragenden Einfluß die Geschicke des Staates zu leiten scheine. Daß sich Cicero nicht für die Monarchie entschied, geht wohl aus seinem Verhalten gegen

---

[1]) a. a. O. S. 20.

[2]) In der Erwiderung auf Heinze, Hermes 1924, S. 360 ff.

die Cäsar-Mörder, aber auch schon aus der Schrift selbst hervor. Heinze bemerkt richtig, daß Cicero die Alleinherrschaft nicht nur wegen der Gefahr der Entartung dieser Herrschaftsform, sondern auch deshalb unerträglich findet, weil dadurch das Volk unfrei würde.[1]) Wäre er wirklich für die Monarchie eingetreten und hätte diese Meinung allgemein Beifall gefunden, dann hätte vielleicht für Augustus die Möglichkeit näher gelegen, die monarchische Staatsform offiziell einzurichten. Daß er dies unterlassen hat, scheint mir der stärkste Beweis dafür zu sein, daß Cicero keine monarchische Staatstheorie gegeben hatte.

Zwischen Augustus und Cicero besteht hiernach wohl ein ähnliches Verhältnis wie etwa zwischen Bismarck und den Männern der Paulskirche. Der große Realpolitiker schätzte die Theoretiker der Frankfurter Nationalversammlung gering und doch waren sie — ungewollt — die Wegbereiter für sein Werk; denn sie hatten bei vielen tausenden Deutschen jene Stimmung erzeugt oder belebt, die sie zur Nachfolge bereit und fähig machte.[2])

Es wäre aber verfehlt, wollten wir die geistige Vorbereitung der Optimatenkreise gegenüber dem einen Staatsführer in den Schriften Ciceros allein erkennen. Die Wandlung der öffentlichen Meinung geht auf eine lange Zeit zurück. Sie setzt ein mit dem Eindringen der griechischen Philosophie in Rom.[3]) Seit die griechische Kultur nach den punischen Kriegen in den Staat der Römer Eingang gefunden hatte, zeigte sich bei einzelnen Vornehmen auch Interesse für die griechische Philosophie. Lucius Aemilius Paulus hatte z. B. den Philosophen Metrodoros als Lehrer seiner Söhne aus dem makedonischen Kriege mit nach Rom gebracht. Aber im allgemeinen stand die Masse der griechischen Philosophie gleichgültig, die Mehrheit der Senatoren mißtrauisch gegenüber. Das zeigte sich, als Athen die ersten Philosophen ihrer Zeit als Gesandte nach Rom schickte und diese dort auch öffentliche Vorträge hielten. Unter ihnen befanden sich der Akademiker Karneades von Kyrene, der Stoiker

[1]) a. a. O. S. 88. [2]) Vgl. Wieser a. a. O. S. 15.

[3]) Vgl. darüber Zeller, Griech. Philosophie III, S. 531 ff., E. Schwartz, Charakterköpfe [2], 91 ff.

Diogenes von Babylon und der Peripatetiker Kritolaos von Phaselis. Der Zulauf insbesondere zu Karneades erschien dem Senate so gefährlich, daß er die Gesandtschaft auf Catos Drängen so rasch als möglich abfertigte. Das eigentliche Eindringen der griechischen Philosophie fällt erst mit der Wirksamkeit des Panaitios aus Rhodos zusammen.[1]) (geboren ungefähr 184, gestorben ungefähr 109 v. Chr.). Panaitios gehörte der stoischen Schule an. Seine Lehrer in der Philosophie waren Diogenes von Babylon und Antipatros von Tarsos. Die Stoa war unter allen philosophischen Systemen für die Römer am leichtesten aufzunehmen. Sie schuf eine Weltweisheit, die sich über die Schranken des Hellenentums erhob. Dazu war es nicht mehr die ältere Lehre des Stoizismus, die Panaitios vortrug, nicht mehr die Schroffheit des Zenon und Chrysipp, sondern eine Lehre, die die Scheide zwischen der älteren und jüngeren Stoa bedeutet; denn Panaitios suchte eine Annäherung an die anderen Systeme durch Übernahme alles dessen, was er für brauchbar befunden hatte. So war der Weg zum Eklektizismus gegeben, einem System, das am Ende der Republik in Rom das herrschende war. Im Hause des jüngeren Scipio[2]), mit dem Panaitios in aufrichtiger Freundschaft verbunden war, war dem Philosophen ein großartiges Betätigungsfeld bereitet. Zu dem Erfolge seiner Wirksamkeit trug vor allem auch sein Verständnis für römisches Wesen bei. In den römischen Staatsführern erblickte er offenbar Männer, die dem Ideal nahekamen, das die griechische Philosophie seit Platons *Πολιτικός* vom Staatsmann entworfen hatte. Welch außerordentliche Wirkung Panaitios neben Polybius — der allerdings hinter dem Philosophen an Einfluß zurückstand — auf das geistige Leben der Römer in der Folgezeit gewann, zeigt gerade die Staatsphilosophie des Cicero. Mag er auch Antiochus von Askalon, Poseidonios u. a. benutzt haben[3]), die Grundlehre geht doch sicher auf

---

[1]) Vgl. Leo, Gesch. d. röm. Lit., S. 322 ff., m. Lit.

[2]) Vgl. Jörs, R. R.-G., S. 17.

[3]) Vgl. H. Strache, „Antiochus von Askalon"; Arnim, „Karneades" (Pauly-Wiss. R. E. X, S. 1964 f.); Heinemann, „Poseidonios' metaphys. Schriften" I.

Panaitios zurück. In Rom ist wahrscheinlich das Hauptwerk dieses Philosophen, die Pflichtenlehre (*περὶ τοῦ καθήκοντος*) entstanden. Darin erschien das, was die römischen Optimaten in ihrer besten Tradition stets befolgt hatten, als Ausfluß eines philosophischen Systems. So mußte es natürlich freudigen Widerhall finden. Die aristotelische „gemischte Verfassung" war in der römischen gleichsam verkörpert. Die Praxis näherte sich im römischen Staatsleben weitaus mehr dem Ideal der griechischen Staatsphilosophie als in dem Mutterlande dieser Lehre, so daß das *καλόν* und das *καθῆκον* sich nahe berührten.[1]) Aber nicht nur durch die Philosophen und Cicero hat die Lehre des Panaitios gewirkt: noch viel wichtiger war die Wirkung auf die Juristen.[2]) Als Schüler des Panaitios werden genannt: C. Laelius; ferner Qu. Scaevola (augur), M. Vigillius, P. Rutilius Rufus, Q. Aelius Tubero, Sex. Pomponius, Q. Lucilius Balbus und L. Lucilius Balbus. Dieser aber war wieder der Lehrer des Ser. Sulpicius Rufus, des bedeutendsten Juristen am Ende der Republik. Alle diese Männer gehörten den politisch führenden Schichten an, bekleideten zum großen Teil die höchsten Magistraturen und waren für die Verbreitung von staatsphilosophischen Grundauffassungen weitaus wichtiger als die griechischen Lehrer der Rhetorik oder der Philosophie. Denn die römischen Vornehmen standen solchen griechischen Lehren nur sehr gönnerhaft gegenüber. Das Verhältnis von Scipio zu Panaitios hat kaum jemals eine Wiederholung gefunden.

Das Wirken des Panaitios war aber deshalb von ganz besonderer Bedeutung für das römische Geistesleben, weil dadurch erst die Römer die großen griechischen Philosophen, insbesondere Plato und Aristoteles kennen lernten. Cicero berichtet uns ausdrücklich, daß Panaitios deren Namen ständig im Munde führte.[3]) Insbesondere dürfte die staatsphilosophische Auffassung des Panaitios wohl fast ganz auf der Lehre Platos und Aristoteles' beruht haben. Plato

---

[1]) Siehe die Lit. S. 315 Anm. 3.

[2]) Die folgende Zusammenstellung verdanke ich Jörs. Vgl. Jörs a. a. O. S. 17f.

[3]) Cic. de fin. 4, 79.

aber hatte einmal in seinem *Πολιτικός*[1]) die richtige Staatsverfassung in der gesehen, in welcher der ideale Staatsmann durch *ἐπιστήμη* den Staat leitet.[2]) Alle bestehenden Staatsformen erscheinen nur als Abbilder[3]) dieses Ideals und sind um so höher zu bewerten, je mehr sie sich dem Ideale nähern. Die zweite wichtige Auffassung bei Plato ist die, daß die Verfassungen in gesetzmäßige und ungesetzmäßige unterschieden werden.[4]) Der dritte Gesichtspunkt, der stark fortwirkte, war der, daß die Verfassung verschieden zu beurteilen sei, je nachdem, ob die Gewalt zum Nutzen der Herrschenden oder der Beherrschten ausgeübt werde. Im letzteren Falle würden diese der Herrschaft freiwillig folgen, im ersteren nur unfreiwillig.[5]) Die Staatslehre des Aristoteles hat anscheinend ebenfalls in mehreren Richtungen grundlegend gewirkt. Auf sie geht der Begriff der „gemischten" Verfassung zurück.[6]) Auch beruht auf ihr die Lehre von der Bedeutung des Staatszweckes (*τέλος*).[7]) Als die beste Form erscheint ihm aber jene, in der die Freiheit und Tugend (*ἀρετή*, Tüchtigkeit, sittliche Kraft) entscheidend sind.[8]) Die Freiheit muß dem Volke zustehen, die Tugend bei den Führenden sein, nur die Besten sollen herrschen und die Ämter nach der Tüchtigkeit vergeben werden. Damit hängt die Beurteilung der Staatsformen zusammen, je nachdem die Herrschaft zum allgemeinen Nutzen ausgeübt werde oder nicht.[9])

Alle diese philosophischen Grundsätze halfen mit, in den römischen Kreisen jene veränderte politische Grundstimmung zu erzeugen, die für das Aufkommen des Prinzipates des Augustus günstig war. Wenn die hohe Bedeutung der Gesetze besonders hervorgehoben wurde, so mußte es

---

[1]) Vgl. etwa Swoboda. Staatsaltertümer in „Hermanns Lehrb. d. gr. Antiquitäten" I, 3; 6. Aufl. zu allen folgenden Anmerkungen.

[2]) *ὀρθὴ πολιτεία* (z. B. 293 C. E.), [3]) 293 E. 297 C.

[4]) 301 A ff. u. ff.

[5]) *ἄρχειν ἑκουσίων.* Vgl. Reitzenstein, Hermes, 1924, S. 359.

[6]) IV 1293 b, 14 ff.; *ἐλευθερία, πλοῦτος* und *ἀρετή* oder wenigstens *δῆμος* und *ἀρετή* erscheinen gemischt.

[7]) Nic. VIII 1160 a, 11 ff. Pol. III 1278 b, 20 ff.

[8]) III 1279 a, 34 ff.. IV 1293 b. Vgl. III 1285 b, 6 ff.; V 1310 b.

[9]) *τὸ κοινῇ συμφέρον.* Vgl. Swoboda S. 24, Anm. 9.

außerordentlich wohltuend berühren, daß Augustus die ihm angebotene cura legum ablehnte und sich selbst unter die Herrschaft der Gesetze stellen wollte. Wenn in der idealen Staatsverfassung nicht eine äußere Macht, sondern eine innere Macht den Staatsführer zur Leitung befähigen soll, so mußte es dem gebildeten Römer vertraut und gleichartig erscheinen, wenn Augustus nur die auctoritas — entsprechend der ἐπιστήμη — vor den anderen für sich in Anspruch nahm. Wenn Augustus alle außergewöhnlichen formalen Staatsgewalten ablehnte, so schien er dadurch zu zeigen, daß er nur auf freiwillige Bindung (ἑκουσίων ἄρχειν) Wert lege. Wenn er vom Senate nur die Provinzen und die Aufgaben zu übernehmen erklärte, die Gefahr und Mühen bringen konnten, wenn er die tribunizische Gewalt annahm, um das Volk zu schützen, die cura annonae, um für den Lebensbedarf der Bürgerschaft zu sorgen usw., so war es offenkundig, daß das im Sinne der Staatstheorie eine Herrschaft zum Nutzen der Beherrschten sein wollte. Nur so können wir die hohe Bedeutung jenes Beschlusses ermessen, den Augustus im Tatenbericht hervorhebt[1]): (M. A. lat. 6, 16ff.): . . .[clupeusque aureu]s in [c]uria Iulia positus, quem mihi senatum [populumque Romanu]m dare virtutis clem[entia]e iustitia[e pietatis causa testatum] est per[e]ius clupei inscription]em.

Nach dem Gesagten ist es klar, daß gerade die philosophische Staatstheorie, die auf Plato und Aristoteles beruht und von Panaitios auf römischen Boden in einer Art überpflanzt wurde, die dem römischen Sinne besonders angepaßt war, eine Grundstimmung erzeugen mußte, die dem Werke des Augustus außerordentlich günstig war. So konnte allmählich auf gewohnheitsrechtlichem Wege eine monarchische Staatsform erstehen, ohne daß sie durch Staatsstreich oder Verfassungsänderung herbeigeführt wurde.

---

[1]) Vgl. Schulz, Wesen, S. 11; ferner die Inschrift bei Dessau, J. L. sel. I 82.

VIII.

Digestenkritik und Philologie.

Philologische Anmerkungen zu Beselers Methode

von

Herrn Professor Dr. **Ernst Kalinka**
in Innsbruck.

Es ist für einen Philologen immer ein Wagnis, in das juristische Fachgebiet einzudringen, und es ist unerfreulich, neuerdings von Dingen zu reden, über die schon mehrmals von berufener Seite kräftige Worte gefallen sind; auch die Ausfälle Beselers in seinen Beiträgen zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV 315f. gegen die Latinisten, die von dem echten Kern des Römertums, der römischen Jurisprudenz, nichts wissen und nichts wissen wollen oder, wenn sie ein Stück des Gajus gelesen haben, „lustig über romanistische Dinge mitreden", ermutigen nicht zu einer philologischen Nachprüfung dieser romanistischen Forschungsergebnisse. Aber das Corpus iuris ist nicht nur ein goldenes Buch der Rechtsgelehrsamkeit, es ist auch das großartigste Denkmal der lateinischen Literatur des ausgehenden Altertums; und je öfter die Juristen sprachliche und stilistische Tatsachen für ihre Beweisführung heranziehen, desto dringlicher wird die Aufgabe der Mitarbeit für den Philologen. Einseitigkeit hüben und drüben ist nicht zu vermeiden; denn beide Forschungsgebiete sind im letzten Menschenalter so ungeheuer angewachsen, haben sich so mannigfach verzweigt, daß sie heute niemand mehr beherrschen kann. Gar sehr ist der Mut zu irren nötig, an dem es auch Beseler nicht gebricht.

An die Digesten darf heute auch kein Philolog mehr mit dem in seiner Wissenschaft erprobten Grundsatz herantreten, daß die Überlieferung unbedingt solange zu halten ist, als nicht zwingende Gründe gegen sie zeugen; denn ein

Erlaß des Kaisers Justinian hat dem zur Herstellung der Digesten eingesetzten Ausschuß ausdrücklich befohlen (§ 10), ut siquid in legibus eorum vel supervacaneum vel inperfectum vel minus idoneum visum est vel adiectionem vel deminutionem necessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis, und er fügt hinzu: multa et maxima sunt quae propter utilitatem rerum transformata sunt. Angesichts einer solchen Verordnung wäre es verkehrt, den überlieferten Wortlaut der Digesten grundsätzlich den älteren Juristen, denen er zugeschrieben wird, zu belassen, solange nicht durchschlagende Gegengründe vorgebracht werden können; aber wenigstens Wahrscheinlichkeitsgründe für eine Änderung wird man, um nicht den Boden unter den Füßen zu verlieren, verlangen müssen, wie vor gerade 50 Jahren Eisele trotz seiner Bekämpfung des trägen Konservativismus, der eine Art Vermutung für die Echtheit der Justinianischen Textüberlieferung streiten ließ, betont hat. Wenn also auch die früher beliebte Pandektenharmonistik ausgespielt hat (s. Schulz, Zeitschrift 1911, XXXII 89), so übertreibt doch Mitteis, wenn er Z. 1912, XXXIII 180 sagen zu können glaubt, daß umgekehrt die Behauptung, eine Stelle sei echt, zu beweisen sei. Die Erörterungen von Eisele (Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex 1886) und von Gradenwitz (Interpolationen in den Pandekten 1887) haben die systematische Aufsuchung der Justinianischen Interpolationen in den Digesten eingeleitet, die seither mit wachsendem Eifer fortgesetzt worden ist und in den Arbeiten Beselers ihren Höhepunkt erreicht hat. Nachdem aber schon im Jahre 1897 Kalb eine Programm-Abhandlung „Die Jagd nach Interpolationen in den Digesten" geschrieben hatte, hat Lenel einem Aufsatz der Z. 1925, XLV 17—38 den Titel „Interpolationenjagd" gegeben, ein Zeichen neben andern, daß auch vielen Juristen bange geworden ist vor den Geistern, die heraufbeschworen waren, vgl. Jörs in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft V (1905) 523. Bereits im Jahre 1909 haben die Herausgeber dieser Zeitschrift es für angezeigt gehalten, eine übersichtliche Sammlung der unübersehbar gewordenen Menge auf-

gedeckter Interpolationen in den Digesten und, was man dafür hielt, einzuleiten. Was aber bis dahin in dieser Richtung veröffentlicht worden war, erscheint jetzt wie ein Kinderspiel im Vergleich mit der Hochflut, die danach hereingebrochen ist; und es ist höchste Zeit, Schutzdämme aufzurichten, soll nicht alles, was die Digesten an älterer Rechtsliteratur verzeichnen, hinweggespült werden.

Ein Philolog kann nur wenig zu einer Rettung dieser Überlieferung beitragen, weil das entscheidende Wort über Echtheit oder Unechtheit einer Digestenstelle sich fast immer auf sachliche Einsicht stützen muß und daher den Juristen zusteht. Selbst über die Sprachform wird überall, wo es sich um Fachwörter oder um ganze Wendungen der Rechtssprache handelt, der Jurist viel richtiger urteilen; denn die Sprache des römischen und nicht bloß des römischen Rechtes hat sich parallel mit der Auffassung der Erscheinungen des Rechtslebens entwickelt, so daß Wörter und Sachen auch hier in ihrem natürlichen Zusammenhang betrachtet werden müssen; sehr beherzigenswerte Schilderungen des engherzigen Philologen, aber auch des engherzigen Juristen hat Bes. Beiträge IV 240 beigesteuert. Jedoch sogar innerhalb seiner eigenen Grenzpfähle hat ein Philolog, der sich unterfängt, über die Digesten mitzureden, mit der großen Schwierigkeit unzulänglicher Kenntnis der spätlateinischen Schriftsprache zu kämpfen. Auch umfassende Belesenheit in den Schriftwerken der Spätzeit versagt nur zu oft, wenn es gilt, eine Einzelfrage klipp und klar zu beantworten. Zwar fehlt es nicht an Einzeluntersuchungen; aber wem stünden sie alle im gegebenen Augenblick zu Gebote, da es doch so gut wie keine Übersicht über deren Ergebnisse gibt? Die Grammatiken haben den reichen Stoff gar nicht oder nur beiläufig in ihre Darstellung einbezogen und nicht einmal der Thesaurus linguae latinae bucht den gesamten Sprachschatz für die Zeit nach den Antoninen. Dank den Arbeiten von Löfstedt, Baehrens und vielen andern sind wir über die Volkssprache jener Jahrhunderte fast besser unterrichtet als über ihre Schriftsprache, deren sich auch die gleichzeitigen Juristen bedient haben. Denn obgleich zuzugeben ist, daß jede Literatur-

gattung und nicht zuletzt die juristische Literatur ihren eigenen Stil ausgebildet hat, darf doch keine aus dem Fluß der sprachlichen Entwicklung ganz herausgerissen und gewissermaßen auf einen Isolierschemel gestellt werden, wie es manchmal geschieht (Schulz, Einführung in das Studium der Digesten 1916 S. 43f.: „Das klassische Juristenlatein . . . macht die Sprachverschlechterung und die Sprachkünsteleien der Kaiserzeit nicht oder doch nur sehr bedingt mit . . . Erst mit dem Ende der klassischen Rechtswissenschaft mündet die Juristensprache wieder ein in den Strom der allgemeinen Sprachentwicklung.“) Gewiß haben die klassischen Juristen im allgemeinen „besser“ geschrieben als viele ihrer Zeitgenossen (vgl. Kalb, Roms Juristen 70), zumal da ihre Sprache durch eine festere Tradition gebunden war; aber sie waren doch auch Kinder ihrer Zeit. Besonders insoweit die spätere Schriftsprache auf Cicero, Seneka, Quintilian aufgebaut ist, geht es nicht an, eine dort übliche Ausdrucksweise in Acht und Bann zu tun, nur weil sie in der doch nur bruchstückweise erhaltenen Rechtsliteratur bloß spärlich vertreten ist. Was Bes. Beiträge III 1 behauptet: „Cicero und Quintilian beweisen nichts für die Juristen“, gilt höchstens für Ausnahmsfälle, wie sie Kalb, Jagd 18f. erwähnt. Immer mehr Zurückhaltung beobachtet die Philologie in der Ausmerzung von Singularitäten, nicht allein weil ein Blick auf das Trümmerfeld der lateinischen Literatur des Altertums zur Vorsicht mahnt, sondern weil solche Ausnahmen in jeder Literaturgattung, in jedem Schriftwerk der alten und der neuen Zeit sich finden.

Um mit Kleinigkeiten anzufangen: das Fem. Plur. haec ist eine ebenso tadellose Bildung wie huic und hanc, wenn auch der nachplautinische Sprachgebrauch hae fast zur alleinherrschenden Form gemacht hat, nicht so sehr um sie von dem Fem. Sing. und dem Neutrum Plur. zu unterscheiden, als um die Endung ae nicht zu verdunkeln. Trotzdem ist das Fem. Plur. haec nicht so selten, wie man gemeinhin glaubt: es ist für Cicero, Caesar, Livius und Spätere gut bezeugt (s. Neue, Formenlehre II[3] 417f.); allerdings

haben ältere Philologengeschlechter, die unter dem Bann der Schulgrammatik standen, überall hae eingeschwärzt und dasselbe geschieht in den Digesten, s. Kübler, Z. 1909, XXX 410: „Der Fehler haee für hac (lies: haec für hae) ist sehr häufig." Wenigstens aber hat man solches haec nicht als Anzeichen einer justinianischen Interpolation verwertet. Dagegen hat Bes. Z. 1924, XLIV 385 eine halbe Zeile, wo adquisiit steht, dem er ein Rufzeichen beifügt, als Interpolation bezeichnet; jedoch ist quaesiit samt Komposita seit dem 1. Jahrhundert n. Chr. außerhalb und innerhalb der juristischen Literatur zu oft bezeugt, um Anstoß zu erregen (s. Neue III[3] 445). Freilich hatte schon Mommsen an dieser Stelle (D. 45. 3. 19) ei ex cuius re adquisiit vermutlich als Tautologie getilgt.

Nicht beweiskräftig ist die Bemerkung Bes. II 22f.: „(40. 5) 4[21] Ulp. 60 ed ist dem Ulp. vielleicht restlos abzusprechen, adsimilare ist im Bereiche des VIR ἅπ εἰρ, adsimulare, wofür jenes verschrieben sein könnte, δὶς εἰρ." Da das Wort überhaupt nicht zu den häufigeren gehört (im Thes. l. l. nur 2 Spalten), ist es nicht verwunderlich, daß es in der Rechtsliteratur nur dreimal vorkommt; aber an eine Verschreibung zu denken, widerrät das Verhältnis der älteren zur jüngeren Form = 2 : 1, das bestens dem im Thes. l. l. angegebenen Tatbestand entspricht: pro u inde ab Augusti aetate raro invenitur i, regnat apud scriptores christianos.

Dem Scharfsinn Bes. (Z. 1926, XLVI 100f.) blieb es vorbehalten, 45. 1. 4 tiefer liegende Schäden bloßzulegen, als man vor ihm erkannt hatte. Nur hätte er seine Beweisführung nicht mit Ankreidung sprachlicher Fehler, die keine sind, belasten sollen. Für anstandslos halte ich ab omnibus heredibus poenam committi; denn wenn auch Bes. hinzufügt: „das committi ist doch nicht Tat der Nichtsünder!", so weist doch der Thes. l. l. III 1909f., bevor er zur Bedeutung fere i. q. peccare übergeht, eine volle Seite von Belegen für andere Objekte von committere = facere aliquid auf, darunter eben poenam. Ebenso anstandslos ist unmittelbar danach pro portione hereditaria, wofür Bes. zu gewissenhaft den Plural erwartet. So gern ich auch mit

Lenel und Bes. das ungeschickte Beispiel iter fieri preisgebe, das offensichtlich ein passenderes verdrängt hat, im folgenden Begründungssatz quia quod in partes dividi non potest ab omnibus quodammodo factum videretur entsprechen sowohl der Irrealis, statt dessen Bes. videatur verlangt, wie die Milderung mit quodammodo durchaus lateinischem Sprachgebrauch. Ebensowenig sind gegen den Satz quod nisi in solidum peccari non poterit sprachliche Einwände zu erheben, da Cicero de nat. d. I 31 Xenophon . . . eadem fere peccat sagt und das Futur poterit als prospektives oder gnomisches leichte Erklärung findet, s. Kühner-Stegmann, Syntax I 142f.

Als justinianischer Gräzismus könnte für den ersten Blick vecturam . . . repeteretur (19. 2. 15. 6) erscheinen. Da aber schon Minucius Felix VII 4 Parthos signa repetere hat (s. C. F. W. Müller, Syntax des Nominativs und Akkusativs 149), so kann ich Pernice nicht zustimmen, der dieses persönliche Passiv für unvereinbar mit Ulpians Sprache hält. Viel weiter als Pernice ist Bes. gegangen, der IV 133 aus vecturam quam pro mutua acceperat repeteretur gemacht hat: vecturam quam ⟨a⟩ pro ⟨curatore Caesaris⟩ mutua⟨m⟩ acceperat ⟨non redderet⟩, obwohl die Wiederholung von procuratorem Caesaris im Nachsatz unerträglich wäre und repeteretur einen Rückhalt im folgenden ab eo vecturam repetere findet.

Die Forderung Bes. II 52, es müsse 40. 5. 24. 19 viderer heißen statt videor, weshalb er den Satz quia nihil pretii nomine videor accepisse streicht, beruht auf einem Mißverständnis; denn dieser Satz ist nicht mehr in das irreale Gefüge einzubeziehen, sondern gibt eine selbständige Begründung.

Um den Satz Ulpians ubi quid fieri stipulemur si non fuerit factum pecuniam dari oportere ideoque (45. 1. 72) als Interpolation auszuscheiden, beruft sich Bes. Z. 1926, XLVI 102 auf drei sprachliche Gründe: „Ubi = si! Stipulemur statt stipulati essemus. Ideoque!“ Aber ubi hat seit Plautus nicht selten kondizionalen Sinn (Kühner-Stegmann II 364) und si wurde hier vielleicht absichtlich gemieden, weil unmittelbar danach ein andrer Bedingungssatz folgt; das potentiale stipulemur ist unanfechtbar und

gegen ideoque ist zwar Bes. Z. 1925, XLV 456ff. scharf ins Zeug gegangen; aber sogar er ist zu dem Zugeständnis genötigt, daß es „immer oder meistens" unecht sei. Ich sehe daher den Satz als echtes Gut Ulpians an ebenso wie den kurz vorhergehenden Passus ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari.

Überrascht ist man, Z. XLV 434 zu lesen: „est absurdum ut ist kein Latein". Hat also Augustin, der es nach Ausweis des Thes. l. l. I 223 zweimal gebraucht, nicht Latein gekonnt? Die zwei Digestenstellen, wo es außer Gajus I 45 überliefert ist (Marcellus und Ulpian), hat Bes. III 26f. natürlich für interpoliert erklärt.

In mehrfacher Hinsicht entspricht 29. 2. 48 nicht dem lateinischen Sprachgefühl Bes. (Z. XLIV 389). Der Bedingungssatz si aestimaverit wird getilgt, weil er „ein für das Problem belangloses Tatbestandselement" sei und weil es aestimavisset heißen müßte; aber wenigstens das Futur II ist einwandfrei, weil es eine Bedingung enthält, die nicht notwendig in die Abhängigkeit von mandaverit gebracht werden mußte. Bes. fährt fort: „Bewahrt man das postquam, so sagt der erste Satz von 48 etwas beschämend selbstverständliches'", er schreibt daher antequam. Aber diese Selbstverständlichkeit (si) postquam ille petit furere coeperit wollte offenbar Paulus wegen des Gegensatzes zum folgenden si antequam ille petat . . . furere coeperit nicht unterdrücken schon der im Altertum sehr beliebten polaren Ausdrucksweise zuliebe. Freilich darf man dann nicht den ganzen folgenden Satz mit Bes. streichen; dazu liegt aber auch, soviel ich sehe, kein Grund vor, zumal da die von ihm vermerkten sprachlichen Bedenken hinfällig sind. „Quod si ist oft unecht"; aber 9. 2. 36 hat er an quod si nichts auszusetzen (III 27) und Z. XLIV 385 hat er selbst einen seiner Zusätze mit demselben quod si eingeleitet. Die Rüge „Petat statt peteret" ist unverdient, weil nicht die geringste sprachliche Nötigung, das Imperfekt zu setzen, besteht. Das schlechte Latein aber, das Bes. an mandavit petendum tadelt, findet sich auch bei Livius, Seneka und andern, darunter Gajus III 158: siquid post mortem meam faciendum mandetur.

Die Bedenken Bes. Z. XLV 472 gegen 29. 4. 12 teile ich; nur ist es unberechtigt, an magis est enim die Stellung von enim zu tadeln; denn gerade nach est steht enim sehr oft an der dritten Stelle, s. Kühner-Stegmann II 134. Aus dem juristischen Sprachschatz ganz streichen will Bes. Z. XLV 477[1] die Form dein. An sieben von den neun Stellen ersetzt er es durch deinde, weil fünfmal de folgt, das durch Haplographie die Schlußsilbe von deinde verschlungen haben kann. Wenn man jedoch so gewaltsam vorgeht, so bleibt von den dein, die der Thes. l. l. V in der Tabelle der Sp. 407 verzeichnet, nicht mehr viel übrig.

Mit einem Gewirr von Klammern hat Bes. Z. XLVI 122 eine Stelle Ulpians ausgestattet (11. 1. 16), in der er schon III 36 einen Satz gestrichen hatte. Ich gehe auf dieses Beispiel ausführlicher ein, weil Bes. hauptsächlich sprachliche Einwände vorbringt. Vor allem hat er III 36 den Satz quamvis iura postliminiorum possint efficere dubitare nos attamen wegen attamen angefochten, das er III 35—39 als unecht erweisen zu können glaubt, obwohl der Thes. l. l. II 1011 ganz gleichartige Beispiele aus der besten Zeit vorlegt. Für den Plural postliminia habe auch ich keinen Beleg gefunden; aber es kann der Plural iura nachgewirkt haben oder es mochten die einzelnen Fälle des postliminium vorschweben (vgl. Caes. b. Gall. IV 38. 2 siccitates paludum). Für „kaum lateinisch" hält Bes. efficere mit acc. c. inf., aber s. Kühner-Stegmann I 694. Im Eingangssatz Si servus ab hostibus captus sit de quo quis in iure interrogatus responderit in sua potestate esse ersetzt Bes. Z. XLVI 122 de quo durch deinde und meint: „De quo statt deinde macht die Zeitfolge der Ereignisse undeutlich, während deinde sie römischer Art gemäß scharf hervortreten läßt. Gewiß, de quo muß zu interrogatus, nicht zu esse gezogen werden. Trotzdem hieße es besser quem, weil die Aussage, daß die Frage sich auf den Sklaven bezog, überflüssig ist. Aus deinde ward durch Abschreibers Abirrung von de auf de ein bloßes de, ein zweiter Mann tat zur Ergänzung ungeschickt quo hinzu. Oder aus quis wucherte quo und jemand strich sodann das nunmehr Fremdkörper scheinende

dein." Aber abgesehen von dieser wenig wahrscheinlichen Entstehung einer Verderbnis, entspricht es vollkommen lateinischem Sprachgebrauch, daß das Relativum mit dem zunächststehenden Verb verknüpft wird, mag auch unsere Logik die Sache anders ansehen; und den Akkusativ eum bei esse hat nicht einmal Bes. für unerläßlich gehalten, obgleich er in seiner Umgestaltung des Satzes kaum entbehrlich wäre. Die zeitliche Abfolge der Ereignisse ist gewahrt, wenn man responderit, das sich als Konj. Perf. in diesem Relativsatz kaum erklären ließe, als Fut. II auffaßt; sie mit deinde zu unterstreichen, erscheint kaum notwendig; auch zweifle ich, daß das enklitische quis in dieser Weise nach deinde gesetzt worden wäre, ich würde es eher nach in iure erwarten. Warum Bes. suum statt in sua potestate einsetzt, hat vermutlich sachliche Gründe; aber ihre Stichhaltigkeit ist mir fraglich, weil die Überlieferung gestützt wird durch den von Bes. allerdings gleichfalls eingeklammerten Satz quia non est in nostra potestate; vgl. dazu Lenel, Edictum 160. Nach meiner Auffassung des Falles steht der von den Feinden abgefangene Sklave noch in ihrer Gewalt, weshalb ich in Bes. Zusatz reverso eo eine Verschiebung der Sachlage erblicke; und weil es infolgedessen an einer Möglichkeit der tatsächlichen Verfügung über ihn fehlt, so ist eine noxalis actio nicht am Platz. Mag es nun aber auch (autem = atqui; daher nicht „unsinnig") im allgemeinen als berechtigt gelten (quamquam autem placet), etiam eum teneri qui alienum servum suum fassus esset, so erschien es doch andrerseits (in diesem Falle) als ganz berechtigt (attamen rectissime placuit), daß jener Grundsatz erst auf den zur Anwendung komme, der den Sklaven als sein Eigentum hätte in Besitz haben können (eum demum teneri qui suum potuit habere). Ob sowohl placet wie placuit „an sich verdächtig" ist, vermag ich nicht zu beurteilen, weil hiezu genauere Kenntnis der Rechtsgeschäfte und der Rechtsprache erforderlich ist; aber an der „häßlichen Wiederholung" durfte Bes. ebensowenig Anstoß nehmen wie Schulz Z. 1911, XXXII 90 an der „schleppenden" Wiederholung der Worte ea res 47. 2. 14. 10 (qui ob eam rem tenetur quod ea res culpa eius perierit); gerade hier war

dem Römer die Wiederholung kaum fühlbar, weil ob eam rem fast zur Bedeutung einer Partikel herabgesunken war wie quam ob rem. Überhaupt dürfen wir nicht unsere Scheu vor Wiederholung einzelner Wörter auf die alten Römer und Griechen übertragen; wer Caesars Bellum Gallicum mit Aufmerksamkeit darauf durchliest, wird staunen, in wie kurzem Zwischenraum sich dieselben Wörter ohne jede rhetorische Absicht teils in gleicher teils in verschiedener Bedeutung wiederholen.

Von Anfang an steht die lateinische Literatursprache und nicht bloß die der Übersetzungen und Nachahmungen unter griechischem Einfluß und man war mit Rücksicht darauf lange Zeit geneigt, vieles für einen Gräcismus auszugeben, was wir heute aus der selbständigen Entwickelung der lateinischen Sprache zu erklären vermögen. Auch Bes. faßt noch manches als Gräcismus auf, was dieser Deutung nicht bedarf, und verwendet es als willkommenes Hilfsmittel, um eine solche Stelle den gräzisierenden Juristen Justinians zuzuschreiben; so uterque (utrumque) et—et (IV 268 und 293), während das gajanische duorum alterum aut—aut ein Gräcismus sein mag, wie sie der aus Kleinasien stammende Klassiker liebt, vgl. Bes. II 65 und dazu III 23 Anm. Da sich aber jene Verbindung seit Plautus nachweisen läßt (sogar Varro de lingua lat. VI 36: quod habet utrumque et tempora et casus, Cic. de leg. I 8: utrumque opus est et cura vacare et negotio), so ist in diesem Falle griechischer Einfluß wenig wahrscheinlich, um so weniger als dieselbe Redeweise auch in germanischen Sprachen sich findet, mittelhochdeutsches beidiu mit folgender Gliederung und englisches both—and = sowohl als auch. In einer Ulpianstelle (5. 3. 20: ut puta mancipia pecoraque et si qua alia quae necessario hereditati sunt comparata) klammert Bes. IV 34 den Schlußteil von et si qua an ein mit der Begründung: „Si qua ist ein Gräzismus: εἴ τινα kann manche Dinge bedeuten.“ Aber Cic. Tusc. IV 11. 26 (avaritia ambitio . . . vinolentia cuppedia et si qua similia) belehrt eines Besseren. Ich würde daher die Klammer erst nach alia setzen, da der Relativsatz aus den von Bes. weiters hinzu-

gefügten Gründen wirklich interpoliert zu sein scheint. Weniger einfach ist es, mit dem von Bes. IV 211 gestrichenen Schlußsatz von 21. 2. 62 ins Reine zu kommen: quippe si verum erat quod mihi dixisses in venditione, recte negarem Titio ius esse utendi fruendi. „Si erat = εἰ ἦν“. Gewiß sind Fälle wie Cic. Lig. 25 (si Caesaris causa in provinciam veniebatis ad eum profecto exclusi provincia venissetis) und de divin. II 20 (neque si fatum fuerat effugisset nec si non fuerat in eum casum incidisset) selten; aber da nun einmal Cicero diese Konstruktion gebraucht, ist sie gewiß zulässig, und noch dazu neigen Ausdrücke wie verum est, erat zum Indikativ, s. Kühner-Stegmann I 171. Es kommt dazu, daß die Irrealität in dixisses zutage tritt, was Mommsen durch Tilgung von erat quod noch schärfer herausarbeiten wollte. Diese Tilgung ist unnötig, aber kein Unsinn, wie Bes. meint; denn tatsächlich hat der Tu nicht die Wahrheit gesprochen, wenn er mit Verschweigung der Servitut über den Kauf verhandelt hat, aber er muß nicht überhaupt dabei geschwiegen haben, wie Bes. unterstellt. Eine ähnliche Übertragung der Irrealität auf einen Nebensatz Cic. Brutus 6 hunc . . . sustineret dolorem cum forum populi Romani quod fuisset (!) quasi theatrum illius ingenii voce erudita . . . spoliatum atque orbatum videret und epist. IX 16. 4 Servius . . . facile diceret hic versus Plauti non est hic est quod tritas auris haberet (!). Somit war es gutes Latein, wenn Celsus si verum erat quod mihi dixisses schrieb im Sinne von si verum esset quod mihi dixisti, was man zunächst erwarten würde, und es verrät nicht „der schlimme undeutliche Ausdruck die nachklassische Hand.“

Längst ist man darauf aufmerksam geworden, daß gewisse Wörter, die im Codex Justinians verhältnismäßig häufig sind, den klassischen Juristen ganz oder fast ganz fehlen. Darin liegt natürlich ein sehr beachtenswerter Verdachtsgrund. Deshalb hat auch Jörs, Pauly-Wissowa V 524ff. eine Reihe solcher Tribonianismen zusammengestellt und es ist eines der Verdienste Bes., gegen dessen Schmälerung er sich IV 302f. mit Recht wehrt, mit Hilfe des VIR eine größere Zahl von Wörtern der Digesten, die

Iustinianum redolent und mit dem Sprachgebrauch der klassischen Juristen nicht vereinbar zu sein scheinen, untersucht zu haben. Er ist zu dem Ergebnis gelangt, daß diese Wörter an fast allen Stellen der Digesten einem unechten Zusatz angehören und daher überall eine Interpolation beweisen oder doch nahelegen. Grundsätzlich ist dies Verfahren unanfechtbar; nur muß man sich vor dem circulus vitiosus hüten, eine aus unvollständiger Induktion gewonnene Erkenntnis allzu zuversichtlich auf andere Fälle anzuwenden, vgl. Kübler Z. XLII 542: „Wenn ein Wort an der einen oder andern Stelle interpoliert ist, muß es nicht gleich überall interpoliert sein.“ Auch kann ich mich des Eindruckes nicht erwehren, daß für Bes. vielfach der Wunsch Vater des Gedankens war, indem er, um ein Wort aus dem Sprachschatz der Klassiker zu verbannen, etwas zu freigebig mit der Athetese war. Jedenfalls ist immer noch ein weiter Schritt vom Verdacht zur Verurteilung; über ein Vielleicht kommt man in den meisten Fällen dieser Art nicht hinaus und gerade Bes. hat IV 315 in einer gegen Norden gerichteten Anmerkung die Weglassung des Vielleicht in der Behauptung, daß indebita Aen. VI 66 eine Vergilische Neubildung sei, als unmethodisch gerügt. Muß er nicht denselben Vorwurf fürchten, wenn er III 34 seine Abhandlung über absurdus mit den Worten schließt: „Widerstand leisten mir folgende (15!) Stellen“ oder III 163, nachdem er über secundum hoc u. ä. den Stab gebrochen, die Klage erhebt: „Keinen rechten Rat weiß ich mir bei folgenden (14!) Stellen“ oder wenn er II 62 sagt: „Wir ziehen die Summe: In den 32 besprochenen Stellen ist condicionalis oder condicionaliter sicher oder wahrscheinlich unecht. Es sind nach Ausweis des VIR noch 15 Stellen übrig: . . . . Hier scheint die Unechtheit nicht beweisbar, doch ist sie durch das Übergewicht der 32 Stellen auch hier überall wahrscheinlich.“ Wenn auch Bes. im Ausdruck eine gewisse Zurückhaltung beobachtet, so ist doch die Absicht unverkennbar, die erkleckliche Zahl von jeweils 15 Stellen zu vergewaltigen. Ein Philolog muß sich davor scheuen und würde es eher mit Kalb, Juristen 69 halten, der etenim zwar als Lieblingswort Justinians anerkennt, aber es doch

den Juristen seit Africanus und Papinian nicht abzusprechen wagt, wenngleich nach seiner Meinung bei den älteren Juristen „vielleicht auch noch manches etenim auf Rechnung der Kompilatoren zu setzen ist."

Es gehört viel Ausdauer und Siegesgewißheit dazu, um füı ein Wort wie quippe, das in den Digesten oft und oft begegnet, auf 24 Seiten knappster Beweisführung den IV 208 an die Spitze gesetzten Satz erhärten zu wollen: „Quippe ist in den Texten der Klassiker fast immer unecht." Die Ausdauer Bes. hat nicht den Erfolg erzielt, alle zu überzeugen. Kübler schreibt bald danach Z. XLII 542[1]: „An die Unechtheit von quippe glaube ich a priori nicht. Bei Justinian kommt das Wort im ganzen zweimal vor, nie in den Institutionen." Das Wort, über das 1910 in den Breslauer philologischen Abhandlungen eine von Bes. nicht erwähnte Dissertation erschienen war, die freilich nur bis ans Ende des 2. Jahrhunderts herabgeht, ist schon in der älteren Literatur nicht bloß vor einem kausalen Nebensatz ganz gewöhnlich, sondern auch für sich allein, meist am Anfang des Satzes oder Satzgliedes, aber auch nachgestellt. Florus soll es in seinem verhältnismäßig kurzen Geschichtswerk nicht weniger als 75mal gebraucht haben und Kalb, Juristen 47 bezeichnet es als Lieblingswort des Celsus. Es schien mir daher geboten, eine größere Zahl der von Bes. besprochenen Stellen nachzuprüfen, aus der ich hier eine kleine Auswahl vorlege.

Sonderbar findet es Bes. IV 210, daß Marcellus 18. 7. 4 quippe nachgestellt haben sollte; aber bei Tacitus, der ein Menschenalter vor Marcellus gelebt hat, ist die Nachstellung von quippe so häufig, daß die Stellensammlung in Gerber-Greefs Lexicon Taciteum über eine halbe Seite füllt. Auch „die Vorstellung, daß das Gesetz dem Willen Widerstand geleistet hat" (lex quippe consilio eius quasi parum firmo restitit), indem es von vornherein der Absicht des Minderjährigen, der den Sklaven freilassen will, entgegengetreten ist, finde ich nicht mit Bes. sonderbar, sondern ebenso treffend wie anschaulich. Weiter lesen wir bei Bes.: „Lex rell sagt nicht das, worauf es ankommt. Man fordert etwa cum eo tempore quo servum manumittendi gratia alienavit

minor fuerit.“ Aber ist diese weitschweifige Tautologie nicht sehr glücklich durch den kurzen Zusatz quasi parum firmo, der handgreiflich auf den Anfang si minor viginti annis zurückgreift, vermieden? Als Schlußglied des Beweises wird vorgebracht, daß resistere in übertragenem Sinne nur noch an vier Stellen der Digesten erscheint, die Bes. freilich alle beiseite schiebt; das ist aber kein Verdachtsgrund, weil die übertragene Bedeutung von resistere seit jeher in der lateinischen Schriftsprache heimisch war.

Eine volle Parallele findet der von Bes. IV 214 getilgte Schlußsatz von 28. 5. 60. 5 (nec erit ei necesse pro herede gerere quippe iam heredi) in Cic. de fin. I 20 (sol Democrito magnus videtur quippe homini erudito).

Bloß quippe ist, soviel ich sehe, Hauptschuld daran, daß Bes. IV 229 den Satz incertum quippe est an omnino Seius debiturus sit (46. 3. 21) als schlechtes Argument bezeichnet, das sich so annehmbar machen ließe: quia enim incertum est an omnino Seius debiturus sit nihil in iudicium deduxisti. Als Nichtjurist verstehe ich nicht, warum diese umständlichere Fassung den Vorzug verdient; auch ist schwer einzusehen, warum Tribonian nicht einfach quia enim durch quippe ersetzt hätte, statt es nach incertum zu stellen. Jedesfalls finde ich, daß die von Bes. vorgezogene Begründung noch überflüssiger wäre als die kurz vorherstehende quid enim si condemnatus Titius nihil facere potest, die Bes. wohl nur deshalb tilgt, weil er I 69 vorausgesagt hatte, daß noch manche quid-enim-si-Stellen sich als interpoliert erweisen werden. Im ersten Falle wird die mögliche Zahlungsunfähigkeit des Titius als Grund dafür vorgebracht, daß Sejus auch nach einer Verurteilung des Titius nicht von der Haftung befreit wird; im zweiten Falle die mögliche Zahlungsfähigkeit des Titius, die den Sejus von der Haftung befreien würde, als Grund dafür, daß Titius auch durch Belangung des Sejus nicht frei wird. Dieser Parallelismus schützt beide Stellen, die nicht überflüssiger sind als der selbstverständliche Schlußsatz denique si totum Titius solverit, nec debitor fuisse videbitur Seius quia condicio eius deficit, den gleichwohl nicht einmal Bes. antastet.

Mit Ausnahme des ersten Satzes wird 42. 1. 39 von Bes.

IV 230f. ganz getilgt; der „wohlfeile" Mittelsatz ist nach ihm wenigstens wahrscheinlich unecht. Wegen quippe gilt ihm quippe omnes iudicare iussi sunt als interpoliert, die Begründung dafür, daß 2 von 3 iudices oder recuperatores nicht richten können in Abwesenheit des dritten. Sollte Bes. nicht beachtet haben, daß eine ganz ähnliche Begründung in der Parallelstelle 4. 8. 17. 7 gegeben wird: absente eo licet duo consentiant arbitrium non valere quia in plures fuit compromissum? Es folgt der „wahrscheinlich unechte" Mittelsatz sed si adsit (natürlich der dritte; das von Bes. vermißte unus daher völlig entbehrlich) et contra sentiat statur duorum sententiae. Mit diesem Satz müßte natürlich auch seine Begründung fallen: quid enim minus verum est omnes iudicasse? Aber diese Frage ist nach Bes. Meinung unbedingt interpoliert, weil quid minus verum est ein offenkundiger Gräzismus sei (= es ist um nichts weniger wahr), der nur den griechisch redenden und denkenden Leuten Justinians zur Last fallen könne. Nichts davon: man braucht nur ein Fragezeichen vor minus einzusetzen und erhält eine im Lateinischen ganz gebräuchliche Redeweise (quid enim?) zur Einleitung einer in Frageform gekleideten Begründung, s. Kühner-Stegmann II 125 und 499. An dem Mangel eines eigenen Fragewortes nach quid enim ist kein Anstoß zu nehmen, vgl. Cic. de fin. II 93 (quid enim? summus dolor plures dies manere non potest?) und Kühner-Stegmann II 501.[1])

Die Hälfte von 47. 2. 68. 2 hat Bes. IV 230 getilgt, darunter auch ein quippe; und Z. XLV 486 ist er noch einen Schritt weiter gegangen, indem er, um das ihm grundsätzlich verdächtige ideoque zu entfernen, die beiden damit verbundenen Hauptsätze in Nebensatz und Nachsatz verwandelt hat, wovon er den ersten mit quia einleitet. Im Sinn ändert sich damit nichts; es wird dieselbe Art des Zu-

---

[1]) Nach Ablieferung des Manuskriptes hat mich E. Levy, dem ich für die auf meine Bitte vom juristischen Standpunkt aus vorgenommene Durchsicht dieses Aufsatzes aufrichtigen Dank schulde, auf Wlassak, Judikationsbefehl (Sitzungsber. der Wiener Akademie 1921, CLXXXXVII 4 S. 165 Anm.) verwiesen, der gleichfalls für die Echtheit der Stelle eintritt.

sammenhanges der Gedanken nur in andrer Sprachform angedeutet. Die Kernfrage, die entschieden werden soll, ist, für welchen Betrag der Dieb eines Kindes, das bei ihm zum Jüngling herangewachsen ist, haftet. Er hat sowohl am Jüngling wie am Kind den Diebstahl begangen, obwohl es nur ein Diebstahl ist, ideoque dupli tenetur quanti umquam apud eum plurimi fuit; denn es ist ohne Belang für die aufgeworfene Frage, daß semel dumtaxat furti agi cum eo potest (Bes. klammert diesen Begründungssatz, der sich tadellos in den Zusammenhang fügt, ein; ich weiß nicht, warum). Ganz sachgemäß folgt quippe, weil nunmehr die Entscheidung durch einen ähnlichen Fall gerechtfertigt wird: wenn dem Dieb das Kind wiederum gestohlen worden wäre und er es dem zweiten Dieb wieder abgenommen hätte, so würde gleichfalls, wenn er auch damit zwei Diebstähle begangen hätte, non amplius quam semel cum eo furti agi posset; nec dubitaverim, fährt Celsus mit Hinblick auf diesen soeben erwähnten Fall fort, quin adulescentis potius quam infantis aestimationem fieri oporteret. Der Nachdruck liegt auch hier auf der aestimatio, nicht auf semel agi, weshalb der mit nec beginnende Satz, auf den der vorangehende nur vorbereitet, ohne trennenden Punkt unmittelbar angeschlossen werden muß. Bes. hat ihn samt dem folgenden Schlußsatz eingeklammert; er stößt sich an dem Potential dubitaverim, der hier wie so oft lediglich der gesellschaftlichen Form der Bescheidenheit entspringt, in Wirklichkeit aber an Bestimmtheit nicht hinter dem Indikativ dupli tenetur zurücksteht.

Bare Willkür ist es, quippe am Anfang eines Begründungssatzes durch quia zu ersetzen, wie Bes. IV 208 und 218 vorschlägt. An dieser Stelle (36. 1. 60. 3: quippe pecunia . . .) ist nach seiner Meinung quippe aus quia und dittographischem pe entstanden; „oder, wahrscheinlicher, quippe rell unecht". An der ersten Stelle (Gajus IV 160: quippe praetor . . .), wo er auch zunächst den ganzen Satz einklammert, meint er mit seiner Bemerkung: „Oder: aus dittographisch gewordenem quiap ist quippe geworden" offenbar, das p von praetor sei zweimal geschrieben worden. Möglich, aber wenig wahrscheinlich, so wenig wahrschein-

lich wie die Umsetzung von quiap in quippe. Gleich darauf folgt IV 208 die wenig ansprechende Vermutung, daß l. 7. 10 aus qui post über quippost das überlieferte quippe cum post entstanden sei; wie ist cum hineingeraten? Auch wäre hier das Relativum ebenso unangemessen wie 49. 15. 2, wo Bes. IV 232 quippe durch quae ersetzt.

Von der Schule her sind wir gewohnt, daß cum causale, zumal wenn die kausale Bedeutung durch vorangestelltes quippe eingeschärft wird, den Konjunktiv „regiert". Das ist eine Irrlehre; denn nicht cum ist verantwortlich für den Konjunktiv dieser Nebensätze, sondern der Konjunktiv ist durch den Inhalt und die Auffassung der Aussage bedingt, quom aber ist ursprünglich eine pronominale Form ganz ähnlich quod und quia und wie diese ohne Einfluß auf den Modus, weshalb neben quom (cum) so gut wie neben quod oder quia ein tatsächlicher Grund in den Indikativ gesetzt werden konnte. Es verrät daher mangelhaften Einblick in die Sprachgeschichte, wenn Jörs, Pauly-Wissowa V 524 finales ut auf gleiche Stufe mit kausalem cum stellt. In der älteren Zeit überwiegt sogar der Indikativ (s. Kühner-Stegmann II 348) und es ist nicht unbedenklich, daß Bes. III 64 über Gradenwitz (Interpolationen 39: „Ein zweiter Grund ist der Gebrauch von cum gleich da, mit dem Indikativ, der zwar nicht unmöglich beim Juristen, aber doch recht ungebräuchlich ist") hinausgeht, indem er eine schon II 86f. begonnene Aufzählung von Digestenstellen, in denen cum causale mit dem Indikativ verbunden ist, mit dem Satze abschließt: „Man darf getrost behaupten, daß kein klassischer Jurist sich jemals der barbarischen Redeweise bedient hat" (II 86 vorsichtiger: „in folgenden 53 Stellen ist Unechtheit eines Stückes um cum wahrscheinlich oder sicher"). Sogar in Sätzen mit quippe qui wird der Indikativ gesetzt, wenn der Grund als wirkliche Tatsache hingestellt werden sollte, s. Kühner-Stegmann II 294. Freilich ist der Indikativ seit Cicero viel seltener als der Konjunktiv; aber auch in den von Bes. ausgeschriebenen Stellen habe ich den Indikativ nach quippe cum nur fünfmal, den Konjunktiv elfmal gezählt.

Der in der Philologie erst seit kurzem überwundenen Neigung, dem lebendigen Sprachgebrauch durch vorgefaßte Meinungen Fesseln anzulegen, ist Bes. auch im Abschnitt über porro (IV 201—208) erlegen: 12. 1. 19. 2, wo er porro mit einigem Recht als überflüssig bezeichnet, mit weniger Recht als Gräzismus, zeigt es den zeitlichen Fortgang an (si eandem pecuniam is qui . . . acceperat alii porro . . . dederit); 22. 1. 25. 1 zeigt es wie gewöhnlich den Fortschritt des Gedankens an, aber Bes.: „Autem ist nicht nur gewöhnlicher als porro, sondern paßt auch viel besser"; ähnlich 39. 1. 22 ([porro autem[1])] in poenam ⟨autem⟩ heres non succedit), wozu Bes. IV 205: „Kunstwidriger Kunstgriff hat, porro einfügend, ausgelassenes, dann übergeschriebenes, dann falsch eingereihtes autem in seine grammatisch notwendige Nachstellung gebracht. Noch wahrscheinlicher ist die Stelle interpoliert", desgleichen 46. 3. 98. 5 ([porro] si decem solverit, non [quinque] repetet ⟨quinque⟩), Bes. IV 207: „Vom Klassiker geschehen gedacht wäre die Setzung von porro statt at oder vero psychologisch unbegreiflich"; auch die Umstellung von quinque ist unnötig, da um des Gegensatzes zu decem willen die Negation vor quinque gestellt werden konnte.

Außer porro autem ist 12. 5. 8. auch der voranstehende Satz quoniam . . . pristina causa id est turpitudo superesset nach Bes. IV 202f. interpoliert, weil der Inhalt sonderbar, die Verbalformen falsch. Mir dem Laien erscheint der Inhalt nicht sonderbar; wenn aber Bes. am Konjunktiv Anstoß genommen hat, so ist der auch in einem mit quoniam beginnenden Satz nicht unerhört, zumal wenn ihn wie hier der Sinn rechtfertigt. Ein weiterer Fall wird auch 23. 3. 75 mit porro eingeleitet; dagegen Bes.: „Porro paßt hier so wenig, daß ich es nicht einmal dem Paraphrasten zutraue, sondern es . . . aus dittographischem posse posse (das vorangeht) oder posse po (!) geworden glaube."

Nachdem Kalb, Juristen 9 ausgeführt hatte, daß citra = sine in der lateinischen Prosa seit Seneka, bei den Juristen seit Hadrian heimisch war, betonte Mitteis

---

[1]) Beispiele für porro autem Thes. l. l. II 1593 Z. 45f.

Z. 1912, XXXIII 196, daß es besonders oft bei Quintilian vorkomme, der doch der Juristensprache ziemlich nahe stehe, und daß es geradezu auffällig wäre, wenn es die Juristen nicht kennen sollten. Das war die Antwort auf Bes. Darlegungen II 33—49, mit denen er es glaublich zu machen vermeinte, daß es aus dem Wörterbuch der Klassiker gestrichen werden müsse. Auch ich kann seine Beweisführung nicht für gelungen halten, besonders da Kalb in der Berliner philologischen Wochenschrift 1913 Sp. 333 darauf hingewiesen hat, daß citra = sine in den Digesten siebzigmal überliefert ist, während es Justinian nicht öfter als vierzehnmal gebraucht hat.

Nur mit Kopfschütteln verfolgt man die Ausführungen, die beweisen sollen, daß colligere = concludere und consulere = prospicere, also ganz geläufige Bedeutungen dieser häufigen Verba, dem klassischen Juristen fremd sind (Bes. II 52—56 und 68—85). Die Durchmusterung der 50 Stellen mit consulere = prospicere „zeigt, daß der Ausdruck in juristischen Erörterungen der Klassiker sicher fast nie, höchst wahrscheinlich niemals vorkommt". Mitteis Z. XXXIII 199f. hat gegen Bes. Folgerungen Einspruch erhoben, und auch mir hat eine Prüfung vieler Stellen den Eindruck erweckt oder verstärkt, daß Bes. mindestens stark übertrieben hat.

Von ambigere sagt Bes. II 21: „Wahrscheinlich ist das Wort in allen Juristenstellen, die das VIR notiert, unecht." Darauf erwidert Kalb in der Berliner philologischen Wochenschrift 1913 Sp. 334, daß es bei Justinian ganz fehlt, dagegen an 30 Digestenstellen überliefert ist, die alle erst auf die Zeit seit Papinian fallen, während Gajus und seine Zeitgenossen von dieser angeblichen Interpolation verschont geblieben sind. Damit ist der bündige Beweis der Echtheit des Wortes geliefert.

Da Jörs, Pauly-Wissowa V 531 in der Hervorhebung moralischer Gesichtspunkte (humanitas, pietas, verecundia) teilweise die Hand der Kompilatoren erkennt, ist es nicht verwunderlich, daß Bes. II 32 gegen benevolentia und benignitas, III 41f. gegen benigne, Z. XLV 453ff. gegen aequitas Stellung nimmt. Dieses Wort muß er allerdings

an nicht weniger als 96 Stellen (dazu noch 54 mit aequissime S. 455f.) bekämpfen. Es gehört (seit Cicero) wie benevolentia und benignitas allen Zeiten und Literaturgattungen an, und die Beweisführung Bes. hat mich nicht überzeugt, daß die Juristen die Wörter gemieden haben. Insbesondere hat Bes. 29. 2. 52 die Wirksamkeit des Ausdruckes dadurch zerbrochen, daß er interponere se suam benivolentiam streicht. Für 28. 5. 63 gibt er eine gekünstelte Erklärung der angeblichen Verderbnis: „Über receptum war die interlineare Glosse benevolentia geschrieben, die dann in den Text eindringend receptum verdrängte. Noch später wurde das e des (folgenden) Wortes est dittographisch verdoppelt." In sachlicher Hinsicht kann es nach meiner unmaßgeblichen Meinung immerhin als Ausfluß von benevolentia betrachtet werden, wenn jemand, der noch nicht fähig ist, eine Erbschaft anzutreten, zum Erben auf Sicht bestellt werden darf.

Wie ein Machtspruch klingt: „Daß schon silberne Lateiner gern gegen den goldenen Sprachgebrauch igitur vor und itaque nachstellen, beweist für die Juristensprache gar nichts . . . In den Digesten scheint beides vorwiegend in emblematischen Texten vorzukommen" (Bes. III 105). Auf dieses Ergebnis seiner Untersuchungen stützt sich Bes. auch III 30, Z. XLIV 385 u. ö.; um so seltsamer, daß er 28. 5. 93 den Satzanfang igitur pronuntiavit geschont hat (IV 142). Wenn auch natürlich itaque seiner Entstehung nach die erste Stelle des Satzes fordert und ebenso das schon durch den Ablaut als Enklitikon gekennzeichnete igitur (s. Walde, Wörterbuch, gegen lautgewordene Einwände) die Nachstellung, so ist doch die Nachstellung von itaque bereits seit Livius, die Voranstellung von igitur sogar seit Sallust gang und gäbe; ja Bes. selbst muß III 105 zugeben: „Bei Gaius ist nachgestelltes itaque häufig, findet sich vorgestelltes igitur. Beides läßt sich auch aus den Juristentexten der vatikanischen Fragmente belegen."

Hier ist am ehesten der Platz, auf einige rein philologische Beiträge Bes. einzugehen. Zur Erklärung von capitis deminutio legt er zugrunde caput de grege deminuitur

= ein Stück Vieh scheidet aus der Herde aus (IV 92) und umschreibt ganz folgerichtig capitis deminutio: Ausscheiden einer Person, Mannesaustritt; denn tatsächlich nähert sich deminuere schon frühzeitig der Bedeutung von demere, detrahere (s. Thes. l. l.), weil durch demere eines Teiles ein deminuere des Ganzen eintritt. Nicht zustimmen aber kann ich der Fortsetzung: „Der Ausdruck Mannesaustritt springt später über auf den Begriff der mit und durch den Mannesaustritt geschehenden Statusveränderung des austretenden Mannes.“ Das wäre wahrlich ein toller Sprung, zumal da Bes. die Gleichsetzung von caput mit status bestreitet („Die landläufige Erklärung des Ausdruckes capitis deminutio verdolmetscht caput mit status und deminutio mit mutatio. Folglich ist sie falsch“). Damit aber hat er unrecht; denn schon für Plautus bezeugt der Thes. l. l. III 420 die Bedeutung summa iuris personarum, condicio civilis, status civis, allerdings nur in Beziehung auf die Freilassung von Sklaven (wo caput accedit fere ad notionem libertatis). Wenn aber Cicero dom. 33 sagt ut nihil de capite civis aut de bonis . . . detrahi possit und mit einer andern Wendung desselben Gedankens top. 29 qui capite non sunt deminuti, so ist hier mit caput offenbar der Rechtsstand des Bürgers gemeint, der eine Verminderung, Beschränkung, Herabsetzung erfährt; in demselben Sinne spricht Caesar b. civ. II 32. 9 von capitis deminutio und natürlich konnte sich Verrius Flaccus auf eine Fülle von Belegen der älteren und ältesten Literatur stützen, als er erklärte: deminutus capite appellatur qui civitate mutatus est . . . et qui liber alteri mancipio datus est et qui in hostium potestatem venit et cui aqua ignique interdictum est. Willkürlich ist es also, wenn Bes. mit ausschließlicher Einstellung des Blickes auf die rechtswissenschaftliche Literatur behauptet, daß man erst verhältnismäßig spät „capite deminui nicht mehr als ein Erleiden der Personen gruppe, sondern als eines der Person auffaßt und völlig uneingedenk des alten Wortinhaltes dem capite deminuitur statt des populus oder der familia den civis zum Subjekte gibt.“ Nein, soweit wir auf Grund der erhaltenen Schriftwerke hinaufkommen, ist caput schon auf den Begriff des

Rechtsstandes einer Person übertragen, der eine deminutio erleiden kann.

Eine rein philologische Angelegenheit ist es, daß Bes. III 5 (vgl. IV 108f.) Gellius IV 2. 15 schreiben will qui natura minus longe videt, obwohl einstimmig überliefert ist: longe minus. Gewiß ist minus longe die natürliche Wortstellung und scheint durch den vorausgehenden Satz, in dem minus aptus steht, empfohlen zu werden. Aber Bes. übersieht, daß oft genug eine ungewöhnliche Wortstellung, namentlich auch um der Abwechslung willen, gewählt worden ist. Ich greife nur wenige halbwegs vergleichbare Beispiele heraus, die mir gerade zur Hand sind: Plautus Amph. 828 mirumst nimis, ad Herenn. IV 27 magnam nimis, Cic. de or. I 160 celerius multo, Liv. III 50. 3 maior aliquanto. Die Wortstellung ist bis jetzt leider noch sehr wenig untersucht, aber gerade deshalb hütet sich der Philolog, sie ohne zwingenden Grund zu ändern; Bes. aber ist, wie dieses Beispiel zeigen soll, viel weniger vorsichtig, auch wenn er nicht durch eine kaiserliche Verordnung gedeckt ist.

Seine Versuche III 80f., bestimmte Bedeutungen des auch juristisch wichtigen Wortes damnare, das von damnum nicht getrennt werden darf, herzuleiten, werden wenig Beifall ernten. Mit Recht hat der Thes. l. l. die Bedeutung obligare nach damno afficere angeordnet, weil jede Verpflichtung ein damnum, eine Beeinträchtigung in sich schließt; der Gedanke an einen Vertrag, den Bes. hineinlegt, ist mit damnare unvereinbar. Die faktitive Bedeutung aber „jemandes Verurteilung erwirken“ (z. B. Verrem Cicero damnaverat) steht auf gleicher Stufe mit dux oppidum delevit; es bedarf daher keineswegs der gekünstelten Erklärung: „Von damnatus = verurteilt wird durch falsche rückläufige Begriffsbildung damnare = einen Verurteilten schaffen = den Richter zur Verurteilung jemandes zwingen gewonnen.“ In demselben Absatz berührt Bes. decipere: „Das Wort meint eigentlich: eine falsche Meinung erzeugen.“ Woher weiß das Bes.? Natürlich ist, wie schon die Grammatiker des Altertums erkannt haben, an capere anzuknüpfen. Mit der Auffassung, daß servus ursprünglich den nicht getöteten, sondern in Gewahrsam genommenen Feind

bezeichnet habe, greift Bes. Z. XLV 429 auf eine ältere Erklärung zurück, die Walde, Wörterbuch, mit Recht ablehnt.

Sehr dankenswert auch für den Philologen ist Bes. Sammlung von Haplologien (II 126—8, dazu 173, III 201 und Z. XLV 472 gegen Ende), wenn auch seine Absicht, IV 221f. Anm. damit einige, zum Teil sehr schwierige Stellen griechischer Literaturwerke verständlich zu machen, nicht in vollem Umfang erreicht ist. Zustimmung verdient, daß er Thuk. IV 17. 3 ὡς haplologisch deutet (so auch schon Classen im Kommentar) und Xen. Comm. Socr. IV 3. 10 dem Genetiv τῶν φυτῶν die doppelte Funktion eines partitiven und eines komparativen zuweist, wodurch der übliche Zusatz von ἤ hinfällig wird. Entschieden zurückweisen aber muß man die üble Konjektur παρῆς statt des überlieferten πάρες (Soph. Phil. 661) und die veraltete Erklärung von μή beim Optativ mit ἄν durch Ellipse von φόβος ἐστίν; denn darauf kommt es hinaus, wenn er von latentem φόβος ἐστίν spricht, an das gewiß kein Grieche gedacht hat. Befremdlich ist es, daß er in derselben Anmerkung die altbekannte Tatsache, daß namentlich Attiker sehr oft am Schlusse eines hypothetischen Satzgefüges, dem ein zweites mit εἰ δὲ μή entgegentritt, den selbstverständlichen Nachsatz weggelassen haben (s. Kühner-Gerth, Griech. Syntax II 484ff.), wie eine neue Entdeckung verkündet: „Man könnte noch mehr solche Stellen zusammentragen.“

Die Klarheit und bündige Knappheit der klassischen Juristen, die Treffsicherheit ihrer Sprache hat seit jeher dazu verführt, sie als Muster der Vollkommenheit zu betrachten und von jedem Makel reinzuwaschen im Gegensatz zu den Nachklassikern, namentlich den justinianischen Juristen. Bes. IV 304: „Die dyarchischen Klassiker schreiben kein ciceronisches oder cäsarisches, aber ein vorzügliches und strengen grammatischen Regeln folgendes Latein, eine fast mathematische Sprache, die, Erzfeindin überflüssigen Wortreichtumes, für fast jeden technischen Begriff nur ein Wort zuläßt und auch das sprachliche Gemeingut einer strengen simplifikatorischen Auslese unterworfen hat, eine

erstaunlich klare, kurze, scharfgeschliffene und doch ganz schlichte Sprache. Die Byzantiner, mit allen Lastern des Epigonentums behaftet, schreiben ein verkommenes, oft gräzisierendes Latein, eine wortreiche, unklare, schwülstig-barocke Sprache", vgl. IV 223, Schulz, Einführung 44 („Wo wir daher in den Digesten auf verworrene, schwülstige, rhetorische, poetische, gezierte oder saloppe Ausdrucksweise stoßen, da ist der Verdacht der Unechtheit gegeben"); mit Vorliebe bezeichnet Bes. die klassischen Juristen als Attizisten (II 21, III 3 und 201, IV 315). Trotz alledem ist selbst Bes. II 21 Anm. zu gewissen Einschränkungen genötigt und der von ihm III 201 angeführte Satz Quintilians V 14. 34 (saepe plurimum lucis adfert ipsa translatio, cum etiam iurisconsulti, quorum summus circa verborum proprietatem labor est, litus esse audeant dicere qua fluctus eludit) gleicht einer Warnungstafel. Vor allem erwartet man von ihnen straffste Logik des Gedankenganges, und in der Tat ist diese Logik ein Ruhmestitel der römischen Rechtsgelehrsamkeit, an dem nicht gerüttelt werden soll und darf. Die Sprache ist aber kein vollkommener Ausdruck der Gedanken und nicht einmal die lateinische ist nach logischen Gesetzen aufgebaut. Auch die Gefahr droht, daß wir gelegentlich unsere Forderungen, an die uns die Logik der römischen Juristen gewöhnt hat, etwas überspannen. Zweifellos verrät in vielen Fällen der Mangel an Logik einen Eingriff der Kompilatoren; da aber auch Tribonian und seine Arbeitsgenossen nicht Dummköpfe waren, denen man das Dümmste zumuten dürfte, so wird ein wirklicher Unsinn doch weit öfter dadurch entstanden sein, daß in der Hast der Arbeit Streichungen vorgenommen wurden, durch die nicht Zusammengehöriges aneinander geschoben wurde. Noch viel öfter als in der Beurteilung der Logik des Zusammenhanges pflegt der subjektive Eindruck, daß etwas überflüssig sei, in die Irre zu leiten. Fast auf jeder Seite, auch mehrmals auf einer Seite beruft sich Bes. darauf, daß dies oder jenes überflüssig, unnötig, unförderlich, müßig, entbehrlich, allzu selbstverständlich, eine nutzlose Abschweifung, ein pedantischer Zusatz, kompletoman sei; nur eine Abart des Überflüssigen sind wirkliche oder vermeintliche Tautologien. Der

Philolog, der seinen Blick an der gesamten Literatur geschult hat, ist geneigt, auch den klassischen Juristen das Recht zuzuerkennen, mitunter etwas zu sagen, was uns überflüssig, ja tautologisch erscheinen mag; und ich fürchte, daß manche Romanisten die Vorstellung, die sie sich von dem Ideal eines römischen Juristen gebildet haben, fast eine petitio principii, zu streng in der Einengung des den Klassikern gegönnten Spielraumes handhaben.

Den Satz et ideo proavum suum Servium Sulpicium appellat (1. 2. 2. 51) setzt Bes. Z. XLV 457 zwischen Klammern mit der Begründung: „Man fordert Servium Sulpicium proavum suum. Der Satz ist eine närrische Glosse. Appellat meint: er kann nennen.“ Alles unrichtig. Mit vollem Recht ist proavum suum vorangestellt, weil es betont ist, und appellat meint nicht: er kann nennen, sondern er nennt; es ist damit bezeugt, daß C. Cassius Longinus in seinen libri iuris civilis ihn als seinen Urgroßvater bezeichnet hat. Der Satz ist also ein Zitat und keine närrische Glosse.

Wenn Bes. III 11 zugibt, daß der Satz si non est distrahere debet ea quae tempore peritura sunt quorum retentio onerat hereditatem (11. 7. 12. 6) sachlich nicht zu beanstanden ist, so hat er gewiß recht; aber er hätte ihn nicht einklammern sollen; denn er kann gar nicht entbehrt werden, weil dadurch ein wichtiges Glied aus der Kette gerissen wird. Freilich gilt die kasuistische Häufung von Bedingungssätzen als Liebhaberei Tribonians (s. Jörs, Pauly-Wissowa V 528); aber hier war sie nicht zu umgehen.

Für ganz subjektiv und in keiner Weise überzeugend halte ich, was Bes. III 115 vorbringt, um die Streichung des Satzes Cuius autem condicionis sit magister iste (14. 1. 1. 4) zu rechtfertigen: „Eine wohlfeile und schulmeisterliche Generalformel, die mit dem sed nec, das mit neuem Entschlusse einen neuen Fall hinzufügt, disharmoniert.“

Den ganzen Satz 17. 1. 5. 4 tilgt Bes. Z. XLV 439 mit der Bemerkung: „Wohlfeil, außerhalb des Themas, schlecht stilisierte Glosse.“ Worin die schlechte Stilisierung bestehen soll, weiß ich nicht; doch nicht in der Verbindung von praecipere mit dem Infinitiv oder im Gebrauch von summa = Geldbetrag? Auch außerhalb des Themas steht der Satz

nicht, überträgt vielmehr den vorausgehenden Bescheid mit sinngemäßer Änderung auf den Sklaven. Ob das zu wohlfeil ist, um dem Paulus zugeschrieben zu werden, mögen Romanisten entscheiden.

An dem Ausspruch des Africanus 41. 4. 11 hat Bes. Z. XLV 228 allerhand auszusetzen. Das angeblich überflüssige nec emerit ist nach meiner Meinung unentbehrlich, weil es gerade darauf ankommt; freilich würde emit neben existimat besser passen als das Fut. II emerit; aber solcher Wechsel kommt oft genug vor, so 14. 1. 1. 4 (s. oben), wo nicht einmal Bes. an interest . . . intererit sich gestoßen hat. Hactenus paßt ihm natürlich nicht, weil er es III 90—97 als Interpolationszeichen zu erweisen versucht hat; aber selbst er muß sich damit begnügen, daß es oft unecht ist. Gegen emptor wendet er ein, daß der Mann gerade kein Käufer ist; das nicht, aber er hält sich dafür und die Frage ist hier nur, ob ihm die usucapio des Käufers zusteht. Wie Bes. zu der Auffassung kommt: „In dem Falle mit dem servus vel procurator glaubt der Herr gar nicht, se quid emisse", weiß ich nicht; aus dem ganzen Zusammenhang geht doch hervor, daß er es glauben muß, weil sein Sklave oder sein procurator (vgl. Bes. IV 51) den Kauf in seinem Auftrage vollzogen zu haben erklärt.

Wenn man Z. XLV 460 liest: „Quadrantes und quadrantem ist arger Unsinn", meint man natürlich, daß in der besprochenen Stelle 5. 4. 1. 3/4 diese Worte vorkommen; aber ich habe sie in der ganzen Stelle vergebens gesucht.

Mehrmals wird eine sachliche Kritik, die vielleicht ganz berechtigt ist, mit sprachlichen Einwänden belastet, gegen die Widerspruch erhoben werden muß. Diesen Fehler hat Bes. wie öfters so auch Z. XLV 224 begangen, wo er an Stelle von 13. 7. 1 etwas ganz Neues setzt. „Etsi non traditum est hat zum Subjekte pignus. Da aber von Pfandwerdung[1]) die Rede ist und ein werdendes Pfand noch kein

[1]) Nach Menschwerdung gebildet? Solche sprachliche Mißgriffe finden sich öfter bei Bes.: III 6 zu dem nicht mit nachgetragen sein der Buchstabengruppe, Z. XLV 433 das Eingegriffenhaben, dessen Wirksamsein, 481 f. Eigentumsnichtbeweises, I 65 wenn ich recht erinnere (ein norddeutscher Provinzialismus).

Pfand ist, fordert die Logik das Subjekt res"; da jedoch in der conventio von dem pignus die Rede war, so konnte anstandslos gesagt werden pignus traditum non est; das zu bestreiten ist spitzfindig. Zugegeben, daß non (non traditum est) falsch gestellt ist[1]) und non autem aes schlechtes Latein; aber solche Kleinigkeiten darf man einem Schriftsteller des beginnenden 3. Jahrhunderts, und heiße er selbst Ulpian, nicht ankreiden. Das Perfekt, an dessen Stelle Bes. das Präsens traditur erwartet, läßt sich so begreifen, daß die Übergabe des Pfandes hätte vorangehen können, wenn es nicht bei einer bloßen conventio geblieben wäre. Als Sprachfehler empfindet Bes. quia consenserint; es wäre einer, wenn nicht consenserint als Fut. II aufzufassen wäre sowie im folgenden Satz dederit (dies unter dem Einflusse des nachfolgenden Hauptverbums videndum erit, obwohl si quis . . . adfirmavit . . . et vorausgeht; vgl. 38. 2. 50. 4: si . . . dixit et . . . restituerit, non poterit). „Videndum erit, an videatur ist unschön"; indes waren die Römer, wie schon oben S. 328 erwähnt, gegen derartige Wiederholungen nicht so empfindlich wie wir, und in diesem Falle wird die „Unschönheit" dadurch wesentlich gemildert, daß videatur von videndum durch 14 Wörter getrennt ist. Von den zwei Tautologien endlich, die Bes. anmerkt, führt die eine den Gedanken weiter (dederit ist ein weiterer Schritt nach dem adfirmavit), die andere stellt den objektiven Sachverhalt (Numquid . . . pignori esse videatur) der subjektiven Absicht (pignori obligaverit) gegenüber.

Auf eine Fehlerquelle der Digesten, die bisher weniger beachtet worden ist, hat vor kurzem E. Fraenkel, Hermes 1925, LX 415ff. hingewiesen, indem er die Aufmerksamkeit darauf gelenkt hat, daß der Florentinus, obwohl er wahrscheinlich schon ein Menschenalter nach Justinian geschrieben ist, nichts weniger als fehlerfrei ist. Auch Bes. hat gewiß, namentlich wenn es sich um die notwendige Aus-

[1]) Selbst Cicero hat (de optimo gen. or. 14) solch eine falsche, ja noch falschere Wortstellung gewagt (non enim ea me adnumerare lectori putavi oportere sed tamquam appendere).



füllung kleinerer Lücken oder um kleine Textänderungen handelte, daran gedacht, daß eine solche Entstellung des ursprünglichen Wortlautes nicht immer einem späteren Juristen zur Last gelegt zu werden braucht, sondern auf Fehler der Abschreiber zurückgehen kann. Es wäre in der Tat unglaublich, daß diese Juristen von allen guten Geistern so verlassen gewesen wären, daß sie ein für den Sinn unentbehrliches Wort gestrichen hätten (so IV 210 ⟨eo⟩, 212 ali⟨us⟩ quis, Z. XLV 254 sed ⟨et⟩ si; III 103 qui statt quod). Hier erwächst der Philologie eine umfangreiche Arbeit, die noch kaum in Angriff genommen ist und von der Fraenkel einleuchtende Proben gegeben hat. Sichtlich verderbt ist 50. 16. 135 qualem visu, wofür Fraenkel inaequalem visu; jedoch ist hier inaequalem kaum verständlich und es wird auch inaequalitatem in der von F. beigebrachten Parallelstelle durch attributive Genetive erläutert; ob nicht squale invisum da gestanden hat?

Sehr anerkennenswert ist es, daß auch Bes., wo er an Stelle der überlieferten Lesart einen von ihm vermuteten ursprünglichen Wortlaut setzt, sich öfters die Mühe gibt, die Entstehung jener aus diesem zu erklären; allerdings greift er hierin nicht selten fehl. Zum Schlimmsten rechne ich, wie er sich Paulus 5. 25. 1, wo überliefert ist: quive nummos aureos argenteos adulteraverit laverit conflaverit raserit corruperit, seine Lesart (quive nummos argenteos adulterinos conflaverit quive nummos argenteos raserit corruperit) entstanden denkt (III 6 und ähnlich schon I 70): „Ein Abschreiber des Paulustextes schreibt statt adulterinos conflaverit mit Auslassung von ‚inosconfl‘ adulteraverit, erkennt dann das Fehlen des l und setzt hinter ‚adulteraverit‘ laverit, erkennt dann auch das Fehlen von conf und setzt hinter ‚laverit‘ conflaverit. Das Fehlen von inos entgeht ihm.“ Bes. stützt sich für seinen Wiederherstellungsversuch auf 48. 10. 9 (Ulpian), wo aus derselben lex Cornelia zitiert wird: qui argenteos nummos adulterinos flaverit. Ich beschwöre das Gespenst der Pandektenharmonistik herauf, wenn ich vermute, daß in der lex Cornelia zuerst von Änderung und Entwertung echter Münzen (nummi aurei argentei) und dann erst von der Erzeugung falscher (natürlich minder-

wertiger) Silbermünzen die Rede war; aber ich fühle mich dadurch gedeckt, daß Ulpian, ehe er von den nummi adulterini spricht, den von Paulus erhaltenen Satz mit den Worten qui in aurum vitii quid addiderit berührt. Wenn man die Freiheit bedenkt, mit der im Altertum zitiert worden ist und mit der sogar die Juristen den Inhalt von Gesetzen oder von Aussprüchen älterer Fachgenossen wiedergegeben haben, findet man sich leicht damit ab, daß Paulus der Erzeugung unechter Münzen hier überhaupt nicht gedacht hat; auch Bes. kehrt die Ulpianische Reihenfolge um, wenn er im Auszug des Paulus mit dem willkürlichen Einschub quive nummos argenteos die echten Münzen an die zweite Stelle setzt und von den Goldmünzen überhaupt schweigt. Vor allem aber kommt es auf das laverit an, das bereits Mommsen, Strafrecht [5] 673 für unverständlich erklärt hat. Natürlich ist hier nicht an eine Reinigung mit Brunnenwasser zu denken, sondern an eine Waschung mit einer Säure, die geeignet war, Gold und Silber aus den echten Münzen auszulaugen, so wie conflaverit hier die Verringerung des Metallgehaltes durch Abschmelzen bedeutet. Zweifellos ist also die Abfolge adulteraverit laverit conflaverit raserit beizubehalten und man gewinnt sogar eine sachgemäße Steigerung, wofern adulterare, das schon der ältere Plinius besonders liebt, wenn sich auch Bes. II 20 darauf beruft, daß es im übertragenen Sinne nur an zwei unechten Stellen der Digesten vorkommt, den allgemeinen Begriff der Veränderung (Grundwort ist alter) ausdrückt, auf den die einzelnen Begriffe folgen.

Der törichte Leser, der so oft herhalten muß, um eine an sich unglaubliche Verderbnis des Ursprünglichen glaublich zu machen, soll 1. 15. 1 über circa portas, das er nicht verstand, muro geschrieben haben (Bes. II 69), weil er mit seiner mangelhaften Kenntnis des Lateinischen glaubte, das könne heißen: auf der Stadtmauer. Dieses muro „gerät dann zwischen porta und s in den Text: portamuros, und daraus macht mit Afterklugheit eine letzte Hand portam et muros.“ Für Feuerwachen ist von vornherein ein erhöhter Standplatz zu erwarten, von dem aus sie eine Feuersbrunst möglichst früh bemerken können, wie die Mauern einer

Stadt; und das könnte ganz gut lateinisch circa muros heißen = ringsum auf den Stadtmauern, vgl. Liv. XXIV 23. 1 circa fana omnia deum supplicaverunt und Bes. I 97f. Der Standplatz circa portas wäre ebenso zu verstehen, daß sie auf den Tortürmen Ausschau hielten. Deshalb hat Mommsen kurzweg portam in portas geändert; aber eine solche Änderung ist gerade neben dem Plural muros kaum überzeugend. Vielleicht läßt sich circa portam et muros damit rechtfertigen, daß die Wendung aus der alten Zeit der palatinischen Stadt stammt, in der es nur ein Haupttor (im Norden) gegeben hat. Tatsächlich wird die Einrichtung auf die vetustiores zurückgeführt, nach Bes. II 172 die veteres der veteres (etwas spitzfindig); keinesfalls durfte Bes. sagen, daß diese Bedeutung nur von Justinians Standpunkte am Platze war und Paulus wohl geschrieben habe: apud maiores nostros.

Bes. III 72 meint, es komme nicht darauf an, ob die Freigelassenen von Mündeln grate facient, wenn sie den Vormund schlechter Amtsführung in der Verwaltung des Erbes zeihen (26. 10. 3. 1), man wolle wissen, ob sie's dürfen. Ganz richtig; aber ist es wirklich mit der Redeweise Ulpians als eines der „Züchter einer strengen und wörterarmen technischen Sprache" (Bes. II 21) völlig unvereinbar, daß er statt des steifen recte einmal gerade in solchem Zusammenhang das mehr persönlich gewendete grate gebraucht habe? Ein solches grate (etwa = dankenswert) braucht durchaus noch nicht justinianischer Gefühlsduselei zu entspringen. Keinesfalls aber kann ich glauben, daß aus CERTE geworden sei ᶜRETE und daraus „durch naheliegende Konjektur" grate; ein Abschreiber wäre mindestens ebenso leicht auf das geläufigere certe verfallen. Nicht billigen kann ich auch die Einklammerung von rem patronorum vel liberorum patronorum, da das voranstehende gerentes einen Akkusativ verlangt. Im Schlußsatz ist allerdings ut höchst verdächtig und Mommsen hat es getilgt; ob aber der ganze Schlußsatz eingeklammert werden muß, mögen Sachkenner entscheiden.

Das nicht bloß „scheinbar sinnlose" moemob hat laut Bes. IV 152 (zu 34. 4) ein Abschreiber, der begreiflicherweise

damit nichts anzufangen wußte, weggelassen; es soll nämlich moemobrtiit (so!) aus mortem obiit hervorgegangen sein. „rt wird ausgelassen, darüber geschrieben und falsch eingereiht. So entsteht moemobrtiit. Dann wird rt als pt gelesen und als Abkürzung von praeter aufgefaßt." Dies alles, weil Bes. mortem obiit an Stelle des überlieferten praeteriit einsetzen will. Ich meine aber, daß praeteriit ganz verständlich ist. Es war jemand als Teilerbe eingesetzt und auch mit einem Legat bedacht worden (acceperat Plusquamperfekt); danach aber verfaßte der Erblasser ein neues Testament, ohne es vollenden zu können, worin er, weil er sich mittlerweile mit jenem verfeindet hatte, ihn ganz übergangen hat (praeteriit Perfekt). Sprachlich ist es sogar recht bedenklich, mit Bes. zu schreiben: eum testator . . . persecutus . . . mortem obiit; denn die auffällige Spitzenstellung von eum läßt erwarten, daß es zum Hauptverb gehört, nicht zu dem nur als Nebenumstand eingeführten Partizip persecutus, und der Leser ist betroffen, am Schluß auf das intransitive mortem obiit zu stoßen.

In der Anmerkung zu Z. XLV 258 sagt Bes.: „Statt quamvis hat die Handschrift q̄n (= quoniam), was offenbar, wie schon Mai erkannte, für q̄u (= quamvis) verschrieben ist." Beide Auflösungen sind falsch. Zwar wird quoniam in mannigfacher Weise abgekürzt (q̄m, q̄uo, q̄nm̄), niemals aber mit q̄n, und auch die Abkürzung q̄u für quamvis wäre ganz vereinzelt; sondern q̄n ist die übliche Abkürzung für quando, und da quando seit jeher zwischen temporalem und kausalem Sinn schillert, ist der Satz Vat. 111 so zu verstehen: da Julian meinen dürfte (existimaverit), daß . . ., und auch wir dasselbe anerkennen möchten (probemus), so ist es — doch nur in dem Falle richtig . . . Es sind also wie so oft zwei Gedankenreihen verschmolzen: da Julian meint, daß . . ., und wir ihm zustimmen, ist es richtig, aber doch nur in dem Falle . . .

Schwer zu glauben, daß sicuti (46. 5. 2) verstümmeltes restitutionem sei (so Bes. Z. XLVI 103). Paulus fährt nämlich nach dem Einleitungssatz (Praetoriae stipulationes aut rei restitutionem continent aut incertam quantitatem) fort: sicuti stipulatio ex operis novi nuntiatione qua cavetur ut

opus restituatur. Statt sicuti schreibt Bes. restitutionem continet, nachdem schon die Ausgabe des Jahres 1529 rei restitutionem eingeschaltet hatte. Dennoch zweifle ich nicht im geringsten, daß sicuti (= wie zum Beispiel) die echte Lesart ist; wäre restitutionem überliefert, so würden vielleicht sogar neuere Interpolationsforscher in dem folgenden Satze qua cavetur ut opus restituatur eine Tautologie wittern, die ein Beweis der Interpolation wäre.

Wer wird es glauben, daß ein Leser oder Abschreiber, der sprachkundig genug war, 38. 2. 50. 5 in dem Nebensatze, der nach Bes. IV 219 mit herest (Haplographie statt heres est) schließt, das Verb zu vermissen, nicht auf das nächstliegende heres est geraten wäre, sondern heres deprehendatur geschrieben hätte? Eben weil deprehendatur „sonderbar ungewöhnlich" ist, wird jeder Philolog Bedenken tragen, es auf eine Ausbesserung zurückzuführen, statt darin die ursprüngliche Lesart zu erblicken. Anstößig ist es gewiß nicht; denn es ist in der hier erforderlichen Bedeutung von cognoscere mit doppeltem Akkusativ oder Nominativ seit dem 1. Jahrhundert n. Chr. mehrmals belegt, s. Thes. l. l. V 609 Z. 40—53; und der Konjunktiv in dem von quamquam eingeleiteten Satz ist besonders seit Tacitus sehr häufig, s. Kühner-Stegmann II 442. Ob es notwendig ist, heres vor scriptus einzuschalten, obwohl es sich aus dem Zusammenhang von selbst ergibt, bleibe dahingestellt; sollte wirklich Tryphoninus es geschrieben und einer der spätern Juristen, die doch von Kompletomanie besessen waren, es gestrichen haben? Die zwei von Bes. eingeklammerten Begründungssätze (et quia adgnovit iudicium liberti et quia sprevit et quasi damnavit eam possessionem), deren erster auf suspectam dixit, der zweite auf restituerit zurückweist, halte ich für echt, desgleichen die Worte hic ipso iure quippe und ut patris sed abstinuit. Kaum entbehrlich aber ist das zweite tamen, das Bes. tilgt; es geht auf den voranstehenden Bedingungssatz, während das erste tamen durch den mit quamquam beginnenden Konzessivsatz gefordert wird.

In Übereinstimmung mit Bes. IV 220 kann ich nicht glauben, daß Celsus 41. 2. 18. 1 licet mit dem Indikativ ver-

bunden habe, und betrachte daher mit ihm licet als einen jüngern Zusatz. Für unberechtigt aber halte ich seine folgenden Abänderungen. Statt quippe schlägt er in dem Satze sufficit quippe dimittere possessionem etiamsi non transferas vor zu schreiben enim velle te; „aus schlecht geschriebenem oder verwittertem velle konnte leicht quippe werden; sobald das dastand, mußte enim getilgt werden." Scheinbar stellt sich Bes. die Ähnlichkeit der Buchstabengruppen quippe und velle viel größer vor, als sie war; auch fügt er unnötigerweise noch te hinzu. Vor allem aber trifft velle nicht den gegebenen Sachverhalt. Wenn der Tu die res schon übergeben hat (tradideris ist natürlich Fut. II), so setzt das bereits ein wirkliches dimittere voraus, nicht bloß erst ein velle dimittere; daher denn auch: tu possidere desinis. Hiegegen ließe sich, wie aus dem Folgenden hervorgeht, höchstens der Einwand erheben, daß schon die bloße Absicht, einen Besitz aufzugeben, das velle dimittere, undenkbar, in diesem Falle also gar ein wirkliches dimittere ausgeschlossen ist, wenn man nicht die res einem „tradiert"; das aber wird als ridiculum hingestellt, weil es hiezu schon genüge, wenn man existimat se transferre. Allen abweichenden Ausführungen Bes. stehe ich mit Mißtrauen gegenüber: „Dimittere ohne velle ist entweder de conatu gesagt und dann gegen den Deutlichkeit erheischenden wissenschaftlichen Stil. Oder es ist unlogisch . . . Die abgewiesene Meinung ist nicht lächerlich, sondern geistreich." Demzufolge bezeichnet Bes. den Satz illud enim ridiculum est dicere quod non aliter vult quis dimittere als interpoliert und ersetzt ihn durch den folgenden: nam ab illo merito reprehensa est illius sententia dicentis non aliter velle quem dimittere possessionem; denn „nicht nur dicere, quod, sondern auch ridiculus erregt Argwohn". Er selbst hatte noch III 154 ridiculus dem Celsus belassen, was er allerdings IV 220 widerruft. Mit dicere quod aber hat es hier eine eigene Bewandtnis. Im allgemeinen glaube auch ich mit Bes. (I 53ff.) und andern, daß es eine junge Hand verrät; hier aber steht illud voran, auf das sich quod stützt, s. Kühner-Stegmann II 270f. und 274. Man könnte sogar dicere hier als einen entbehrlichen Zusatz betrachten

zu ridiculum est (dicere = dictu) und illud als Subjekt der Aussage.

Buntscheckig sieht das Bild von 47. 2. 12 mit Bes. Klammern (IV 229f.) aus. Ich beschränke mich wesentlich auf Bes. sprachliche Bedenken. Ein Asyndeton wie curanda polienda ist gerade in der Rechtsliteratur ganz gewöhnlich, weshalb auch Mommsens poliendave (vor vestimenta) unnötig war; Bes. ändert aber auch die Reihenfolge (polienda curandave) mit Hinweis auf Gajus III 143, 162 und gibt folgende Erklärung dafür: „Polienda war ausgefallen und übergeschrieben, dann ist es falsch eingefädelt worden, dann ist ve naturgemäß gestrichen worden. Eine Haplographie liegt hier nicht vor. Mommsen war ein allzu großer Freund der Haplographie und des Homoioteleuton.“ Credat Iudaeus Apella. Die Streichung des Satzes nam qui non habet quod perdat eius periculo nihil est begründet Bes. III 190 (Auch der blutarme fullo hat etwas zu verlieren, nämlich durch Personalexekution seine faktische Freiheit) und IV 230 (Die Begründung ist schief: statt des armen fullo hat der dominus die Klage, quia eius quoque interest furtum non fieri und das Interesse des dominus den Vorrang hat vor dem des fullo). Aber mag auch non habet quod perdat nicht im vollsten Umfang gelten, hier kommt es doch lediglich auf die Zahlungsfähigkeit an und uns Nichtjuristen scheint dieser Grund mehr den Ausschlag zu geben als die größere Aktivlegitimation des dominus. In dem Satze quamvis interest eius rem non subripi quippe cum res periculo eius sit klammert Bes. die Worte interest — cum ein, namentlich wegen des neben quamvis stehenden Indikativs; das aber kommt schon seit Christi Geburt in Dichtung und Prosa vor und kann auch einem Ulpian nicht mehr fremd gewesen sein. Unmittelbar daran schließt sich an: sed nemo de inprobitate sua consequitur actionem, scharf entgegengesetzt dem vorangehenden Konzessivsatz, wodurch sed gerechtfertigt ist. Bes. aber bezieht den Satz auf den vorangehenden Hauptsatz und muß infolgedessen sed durch eine Kausalkonjunktion ersetzen (quia). Wie ist daraus sed entstanden? Man höre: „Sed mag dittographisch aus sit entstanden sein und das quia verdrängt haben. Statt

des zweiten sit konnte einer set = sed setzen zu sollen glauben."

Neben den Abschreiberfehlern, die mit den Mitteln der Textkritik zu entfernen sind, bleibt unerschüttert das turmhohe Gespenst der Interpolationen stehen, dem es in geschicktem Kampfe beizukommen gilt, nicht aber mit Lufthieben, die daneben treffen. Es wäre leicht, reinen Tisch zu machen, wenn Sievers mit der von ihm wenn auch nicht entdeckten, so doch methodisch ausgebauten Schallanalyse die fremden Zusätze zu entlarven vermöchte. Aber ich kann das Mißtrauen gegen diese Methode nicht überwinden. Auch nachdem ich den allverehrten Altmeister darüber vortragen gehört habe, kann ich mich des Eindruckes nicht erwehren, daß der Umschlag der Stimme, der sich bei ihm einstellt, sobald er auf einen Fremdkörper stößt, durch ein ungemein feines Stilgefühl, worin er vielleicht nicht seinesgleichen hat, bedingt ist, ein Stilgefühl, das notwendig versagt, wenn er sich einem ihm fernerliegenden Gebiete, wie es das griechisch-lateinische ist, zuwendet, auf dem uns allen zudem heute noch die hiezu unerläßliche Kenntnis der genauen Natur des Akzentes und seiner Klangwirkung fehlt.

Bes. hat sich das Verdienst erworben, durch seine mit beispiellosem Schwung und Stürmergeist unternommenen Angriffe gezeigt zu haben, daß Interpolationen in den Digesten weit massenhafter stecken, als man sich vor anderthalb Jahrzehnten hätte träumen lassen, und „daß nach den Erfahrungen der fünf letzten Lustren Voreingenommenheit gegen jedwede justinianische Überlieferung nicht leichtfertig, sondern Grundbedingung des Erkenntnisfortschrittes ist" (II 65). Er ist daher immer kühner in seinen Streichungen geworden und erklärt wiederholt in späteren Publikationen, daß er in einer früheren noch zu konservativ war. Einwände und Mahnungen zur Vorsicht weist er mit überlegener Gebärde zurück (so III 23 Anm., IV 302 *). Möglich, daß auf diese Weise nichts Justinianisches mehr in den Digesten übrig bleibt (III 1: „ich befreie den Tempel des alten Römerrechtes von byzantinischer Überlieferung, um ihn wiederherzustellen oder doch seiner

Wiederherstellung vorzuarbeiten"), obgleich auch das fraglich ist; aber soviel steht fest, daß einer Draufgängerei, die subjektive Eindrücke nur zu oft an Stelle wissenschaftlicher, allgemein giltiger Gründe oder Wahrscheinlichkeitsgründe setzt, viel echtes Gut der älteren Rechtsgelehrsamkeit zum Opfer fallen muß und daß dadurch das Bild der klassischen Juristen und ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit lückenhaft und verzeichnet wird. Übrig bleiben wird nicht, was diese wirklich geschrieben haben, sondern was Bes. und gleichgerichtete Forscher für echtes Gut der Klassiker halten. Auch in der Wissenschaft gilt das Wort: Chi va piano, va sano e va lontano.

Nur mit Grauen kann man daran denken, daß Jüngere, die nicht durch eine so innige Vertrautheit mit der römischen Rechtsliteratur ausgezeichnet sind wie Bes., seinen Spuren folgen. Bes. genießt nicht nur in Fachkreisen solches Ansehen, daß die hervorragendsten Juristen mit Hochachtung von seinem Scharfsinn und seiner Gründlichkeit sprechen und ihm reiche Belehrung und Anregung zu verdanken bekennen, sondern er verfügt auch als Philolog über eine Gelehrsamkeit und Vielseitigkeit wie wohl nur wenige Juristen der Gegenwart. Wenn ich trotzdem mich hauptsächlich gegen ihn wenden zu sollen glaubte, so habe ich ihn gerade damit als den unbestrittenen Führer einer Bewegung anerkannt, deren Gefahren ich fürchte.

Miszellen.

[Einzelne Stellen.] Cicero pro Quinctio 83 si in possessionem misisses und 88 in possessionem misisse ist nicht zu ändern, trotz Fraenkel Hermes 1925 432 sqq, der isses und isse statt misisses und misisse setzt. Die beiden Stücke sichern einander. Und das Überlieferte ist tadellos: zu misisses und misisse ergänzt man aus dem Zusammenhange auf das leichteste administros et satellites (objektloses mittere bei Selbstverständlichkeit des Objektes ist nach Ausweis der Lexika häufig) und der Ausdruck administros in possessionem mittere ist einwandfrei. — Das atque von 83 atque haec perinde loquor ist trotz F 435[1] nicht adversativ sondern epexegetisch (und zwar sage ich das so, wie wenn —, was in Wirklichkeit gar nicht richtig ist) oder steigernd (und dabei sage ich das so, wie —).

Cicero pro Tullio 16. 38 queri praetoris iniquitatem, quod de iniuria non addiderit, 18. 43 neque ideo de iniuria non addiderunt. Wlassak SAWien 202 (1924) 3. Abh 113[21] nennt das de auffällig. Das ist es. Aber gutes Latein ist es dennoch. Caesar bell Gall 5. 53. 4 illo incommodo de Sabini morte perlato omnes fere Galliae civitates de bello consultabant, 7. 9. 1 quod haec de Vercingetorige usu ventura opinione praeceperat. Illud de iniuria oder kürzer de iniuria bedeutet etwa 'das mit dem Unrechte'. Illud de iniuria addit wird aus illud — de iniuria loquor — addit verkürzt sein. Mit Unrecht tilgt in der zweiten Caesarstelle H J Müller die Worte de Vercingetorige.

Cicero in Verrem II 3, 22, 55. Dazu zuletzt Wlassak SAWien 202 (1924) 3. Abh 185sqq. Verres iudicium dabat bedeutet 'Verres wollte geben, erklärte sich bereit zu geben': imperf de conatu. Hätte Verres wirklich gegeben, so wäre dedit gesagt.

Cicero pro Caecina 74. — aut ali⟨a⟩ qua ratione — quae [mina] tua iure mancipi sint —. Nach Tilgung von mina hat man einen ausgezeichneten Text, den jeder Einschub verschlechtert. Clarks ⟨nunc⟩ [mina] ist trotz Fraenkel Hermes 1925 439 lästiger Ballast, ja sinnstörend. Fraenkels ⟨in familia⟩ [mina] ist deshalb unbefriedigend, weil die Gefahr groß ist, daß der Hörer das Wort familia statt im archaischen Sinne 'Vermögen' im nicht archaischen Sinne 'Familie' versteht, und weil die archaische Färbung unpassend ist. Mina ist aus verfrüht geschriebenem und nicht oder nicht deutlich getilgtem man (Ansatz zu mancipi) geworden. Der fehlerhafte Ansatz ist eine sehr häufige paläographische Erscheinung. Eine Fülle von lehrreichen Beispielen bei Stroux Handschriftliche Studien zu Cicero de oratore 1921 22 sq. Weiter: Gai 1[194]: B IV 110.

Gai 3[211]: B IV 114 sq. Paul 5. 25. 1: B III 6. Vat 94: [pro] praedio. Vat 256a: [pria] praedia. (19. 1) 31[2] Ner 3 membr: B IV 132. (29, 5) 3[17] Ulp 50 ed: perinde ac [si] de servis. (34. 5) 10 [p] Ulp 6 disp: hominibus ist aus ominis = (eiusdem n)ominis entstanden. (39. 5) 2[1] Iul 60 dig: debitor filius patri s[uo] fuerit: uo falscher Ansatz für fue. Agrim La 369, 25 subseciva sunt propriae (= proprie) quae [sunt ut] sutor de materia praecidens quasi supervacua abicit: sunt ut zwei fehlerhafte Ansätze zu sutor.

Seneca apocol 9. 2 Is (Ianus pater) designatus erat in kal Iulias postmeridianus consul. Heinze Hermes 1926 64 fragt, warum Ianus consul designatus für die zweite Hälfte des Jahres ist, und legt das Phänomen auf die staatsrechtliche Goldwage. Er hätte auch und erst recht fragen sollen, warum Ianus zum Nachmittagskonsul designirt ist. Dann hätte er den Scherz erkannt, und daß man hier nicht staatsrechtlich wägen darf. Beim Ianus ist alles wie der Kopf halbirt: ist er Konsul, so ist er Halbjahrs- und Halbtagskonsul.

Servius ad Aen 9. 408 überliefert eine sakralrechtliche Norm: aedes autem rotundas tribus diis dicunt fieri debere: Vestae, Dianae vel Herculi vel Mercurio. Hier steht ein Name zu viel: Jordan Tempel der Vesta 77[6], Wissowa Religion und Kultus[2] 304[4]. Außerdem sind beide vel unerträglich: vel ist sinnwidrig und man fordert ein (dreigliedriges) Asyndeton. Ein Abschreiber saß ratlos vor dem verstümmelten Worte ·ERCV·I und bekannte, indem er vel Herculi vel Mercurio schrieb, daß er nicht wisse, welcher von diesen beiden Götternamen zu lesen sei. Bei Servius stand also entweder Vestae, Dianae, Herculi oder Vestae, Dianae, Mercurio. Etwas wahrscheinlicher ist die erste Möglichkeit. Zwischen dem I und dem folgenden Worte stand entweder nichts oder ein unleserlicher Buchstabe. Im zweiten Falle hätte der Abschreiber mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit erkannt, daß er Mercurio zu schreiben hatte, also nicht gezweifelt. Im ersten Falle mußte er Herculi schreiben, konnte er aber, da Buchstabenausfall immerhin nichts ungewöhnliches ist, leichter als im ersten Falle im Zweifel beharren. Die Streichung des Wortes Dianae, die von Jordan für nötig, von Wissowa für möglich gehalten wird, ist schon deshalb sicher falsch, weil in der Stelle des Vergil vom Tempel der Luna (= Diana) die Rede ist.

Gai 2 [172. 173]. —; unde ⟨etiam⟩ [—] Continua —; sed [—] altera — [etiam] —. — (Unde) etiam bedeutet 'mit zweitem Namen'.

Gai 2[225]. — ⟨assium⟩ [aeris] —.

Gai 3[74–76] ist eine Ausgeburt der Phantasie eines Stümpers, der den Wortlaut der lex Aelia Sentia nicht kannte oder ihn zwar kannte, aber unverständig und willkürlich mißdeutete. — Die lex A S verfügt über den Nachlaß des libertinus dediticiorum numero factus, aber nicht indem sie Zivilrecht schafft, sondern indem sie den Prätor anweist prätorisches Recht zu schaffen: fragm de iudiciis § 2, der trotz Mommsen Ges Schr II 74 und P M Meyer Z 1926 265 auf die lex A S zu beziehen ist. — Sie weist den Prätor nicht an zu fingiren, daß der Mann mit Freilassung Römer oder Latiner geworden ist: fragm de iudiciis, Ulp 20[14]. — Sie weist den Prätor vielmehr an zu fingiren, daß der Mann dediticiorum numero factus non est,

d h daß er Sklave geblieben ist: fragm de iudiciis. Der Nachlaß fällt also dem Patrone peculii iure zu. — Daß der libertinus dediticiorum numero factus nicht wirksam testiren kann, ist einwandfrei deduzirbar und unbezweifelbar: Ulp 20[14]. Es kann nie bezweifelt worden sein. Auch Gai 1[25] secundum rell ist unecht. — Die Vorstellung, daß der Nachlaß des libertinus dediticiorum numero factus nach dem Willen der lex A S mitunter so zu behandeln sei, als wenn der Mann als Latiner gestorben wäre, ist anachronistisch: der libertinus Latinus ist ein Geschöpf erst der lex Junia. — In aliquo vitio: in irgend einem vitium?! — Incredibile ist verdächtig. — Legis lator ist trotz Levy Ehescheidung 142[5] auch bei Gaius überall unecht. Zu Gai 3[56] später sv convertere. In Gai 3[218] ist nam rell ersatzlos zu tilgen: dies Stück spricht einen gar zu naiven Gedanken aus (es liegt doch offenbar ein Redaktionsversehen und keine absichtliche Kurzredigkeit vor[1])) und seine Variante in Inst (4. 3) 15 ist auch deshalb unerträglich, weil nicht populus vel plebs sondern magistratus vel tribunus legem fert. — Ein Wort zu dem fragm de iudiciis: der Verfasser dieses Bruchstückes meint: der Prätor scheint nach dem Wortlaute der lex A S (de bonis) verpflichtet dem Patrone nach dem Tode des libertinus dediticiorum numero factus nicht nur Singularklagen sondern auch eine Universalklage nach Art der hereditatis petitio zu gewähren.

Gai 3[146]. Zwei Verträge unter entgegengesetzten Bedingungen mit Bedingungsrückwirkung, vgl Z 1922 435[2]. Wie nun, wenn vor dem Kampfspiele einer der Gladiatoren zum Eigentümer zurückkehrt? Oder wenn der Eigentümer vor dem Kampfspiele einen der Gladiatoren auf der Straße trifft und ihn durch einen Stockhieb schwer verletzt? Oder wenn einer der Gladiatoren vor dem Kampfspiele in eines dritten Römers Hand gerät und der Eigentümer sich weigert zu vindiziren? Dann klagt der Mann, der Mieter oder Käufer ist und von dem man noch nicht weiß, ob er Mieter oder Käufer ist, folgendermaßen: quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem Stichum aut conduxit aut emit, quidquid —, im ersten und im dritten Falle mit der Präskription ea res agatur de homine Sticho tradendo.

Gai 3[179]. Dazu zuletzt Koschaker Festschr Hanausek 1925 118 sqq, Kübler Z 1926 388. — Sed videamus — exstiterit condicio ist ein nachklassischer Zusatz. Num statt ne. Id actum statt convenisse. Ea res: von einer res ist vorher nicht die Rede. Zur Sache: Exceptio doli auf Grund eines pactum? (vgl Ko.) Weiter: Der Gedanke, daß der Jurist aus eigener Macht zu einer auslegenden kumulativen oder privativen Konversion eines Rechtsgeschäftes in ein anderes Rechtsgeschäft befugt sein könne, ist unklassisch. Die kumulative Konversion der Pupillarsub-

---

[1]) Eher verdankt seine Existenz einer sorglosen bewußten Kurzredigkeit das nackte agramire des zweiten Satzes von Lex Salica 37, wozu Goldmann ZSavStiftGermAbt 1918 183 sqq. Vgl auch, was Haussoullier Revue hist de droit 1923 536 zu dem von ihm veröffentlichten griechischen Gesetze bemerkt: Les mêmes conditions sont imposées à la grand'mère paternelle: elle n'hérite qu'à défaut de l'aïeul paternel et si elle ne s'est pas remariée. De ces deux conditions — la seconde n'a pas été répétée, puisqu'on la lit à l'article 1.

stitution in eine Vulgarsubstitution geschieht auf Grund eines Präjudizes des Zentumviralgerichtes (auctoritas rei iudicatae), die der Vulgarsubstitution in eine Pupillarsubstitution auf Grund eines rescriptum Marci. Die neronianische Konversion geschieht auf Befehl des Senates. Ebenso die Konversion von (30) 114^{6} Marcian 8 inst. Ein ungültiges Testament wird nicht in ein Kodizill, eine ungültige Erbeseinsetzung nicht in ein Fideikommiß konvertirt: (36. 1) 78 Scae 19 dig ist verfälscht. Aus einer datio in solutum geben die Proculianer nicht eine exceptio pacti sondern, zur Verhütung der Erzwingung einer Doppelerfüllung, eine exceptio doli. 'Quoad vivam' in der in iure cessio servitutis wird nicht in ein pactum konvertirt, sondern wirkt Nichtigkeit der in iure cessio: (8. 1) 4^{p} Pap 7 quaest. — [ipso quidem iure] — [sed —] idque —. Analog 'quoad vivam' in einer Stipulation: Inst (3. 15) 3 .— [aureos annuos] — ⟨nihil agis⟩ [et pure — perpetuatur] —. [sed —.] (facta obligatio! perpetuatur! petendo!) (44. 7) 44^{1} Paul 74 ed (verfälscht) (45. 1) 56^{4} Iul 52 dig. — ⟨nihil agit⟩ [confestim —] (vgl später sv confestim). Eine einseitige acceptilatio wird nicht (kumulativ) in einen contrarius consensus umgedeutet: die beiden Stellen bei Stoll Z 1924 61sq sind stärker verfälscht, als S annimmt. (Zum contrarius consensus Z 1925 191^{3}.) Das Gleiche gilt vom einseitigen pactum de non petendo: (10. 3) 14^{4} Paul 3 Plaut. — ⟨—⟩ [effectu (später shv) —]. Eine nichtige Akzeptilation wird nicht in ein pactum umgedeutet: (2. 14) 27^{9} Paul 3 ed. [—.] (18. 5) 5^{p} Iul 15 dig. — acceptum ⟨facit, nihil agitur⟩ [—]. (46. 4) 8^{p} Ulp 48 Sab. [—.] (Acceptilatio habet pactum ist kein Latein.) 19^{p} Ulp 2 reg. — [quidem —]. Eine nichtige Stipulation wird nicht in ein Konstitut umgedeutet: (13. 5) 1^{4} Ulp 27 ed. Eum, qui ⟨pecuniam sibi debitam⟩ — [cum — sibi,] — est ⟨hac formula⟩ [—] experiri non posse [—]. Der Gedanke des getilgten Stückes von Gai 3^{179} kehrt wieder in (2. 14) 30$^{1, 2}$ Gai 1 ed prov. — ⟨—⟩ [si a Titio —]. Si sub — ⟨debebat, —⟩ [deberet —]. Zu dem pactum von 30^{1} siehe Faber bei Koschaker 127sq. Possit et debeat und possim et debeam: diese Redeweise ist im Bereiche des VIR immer unecht. Istius. Iustam causam. Debuit statt debebat. Ex qua causa statt quo casu. In peculium statt de peculio. Daretur statt datur. Inhibendum ist ungewöhnlich. — Nach Ausscheidung des Ausgeschiedenen bleibt noch eine arge Schwierigkeit. Die ältere Stipulation, die Obligation aus welcher durch die spätere novirt werden soll, ist zwischen denselben Personen geschlossen wie diese und lediglich durch das Fehlen der condicio von ihr verschieden. Novirt nun, wie Gaius lehrt, eine bedingte Novationsstipulation erst mit Bedingungseintritt, so kann im vorliegenden Falle, weil hier seit Bedingungseintritt beide Stipulationen völlig identisch sind, überhaupt keine Novation geschehen. Gaius hätte also, soweit er nicht die servianische Lehre darstellt, den von ihm unterstellten Spezialfall, statt von ihm allein zu handeln, ausschließen müssen.

Gai 4^{43}. — absolvito [—].

Gai 4^{126a}. Das Wort offerri in (19. 1) 13^{8} Ulp 32 ed (zu dieser Stelle Haymann Z 1920 56 und Beseler Z 1925 466) beweist, daß nach Kaufrecht Käufer wie Verkäufer regulär einen Anspruch nur auf Leistung

Zug um Zug hat. Folglich gibt es gegen die Einrede si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae ab A° N° venit neque tradita est die Replik aut si per N^m stetit, quominus ea res traderetur. Diese Replik macht den A^s siegen, wenn er beweist, daß N^s auf das richtige Austauschangebot des A^s nicht eingegangen ist. Die Worte tradita est und stetit sind so zu interpretiren, als wären sie im Urteilszeitpunkte gesprochen. Statt neque tradita est sagt der Prätor gegebenen Falles neque tradita neque mancipata aut in iure cessa est oder neque mancipata aut in iure cessa est. Analog ergänzt oder ändert er gegebenen Falles das Wort traderetur.

Gai 4[155]. —. [nam — possessionem.] — ⟨hastas⟩ [scuta] et gladios [et galeas] — . — Der Satz nam — possessionem ist selbstverständlich trotz Albertario Riv it sc giur 52 (1912) 58[2] und dem dort zitirten Lenel ein Glossem: überflüssig, in tantum!, patior actionem!, actionem! In Paul 4. 8. 5 = Coll 16. 3. 5 ist offenbar trotz L und A außer dem einfältigen ut — peregrinantes auch das zusammenhangfremde quibus rell nachklassisch. Richtig über den Satz nam — possessionem jetzt Albertario Elementi postgaiani estr Rend Ist Lomb 1926 11. — Scuta und galeae sind keine Angriffswaffen; keine Waffen, mit denen man dejizirt. Gegen das dritte Glied et galeas spricht auch die Zweigliedrigkeit von fustes et lapides. Besser noch ist es, in armorum rell nach Cicero pro Caec 21. 60 hinter sed die Worte et glebas einzuschieben und sonst nichts zu ändern, dafür aber vorher das seltsame armis eum vi durch eum vi hominibus armatis zu ersetzen.

Papiniani responsorum fragmenta Parisiensia § 17 = (40. 7) 35 Pap 9 resp. ⟨Videtur per venditorem⟩ stabuliter⟨i stare, quominus⟩ condicio libertatis ex⟨istat, si de p⟩eculio, q⟨uod⟩ apud ven⟨ditorem ser⟩vus habuit, pecuniam cond⟨icionis of⟩ferre non possit. [—.] — Vor stabuliber las Dareste R. Krüger (auf einem Lichtbilde der Handschrift) P mit Querstrich = per. Die Handschrift wird R. oder R' haben. Erneute Lesungsbemühung wäre nach dem, was Kr Collectio III 287 berichtet, schwerlich erfolgreich. — Erst jetzt ist der Eingang sinnreich: Trib hat aus Versehen ein doppeltes non gesetzt, das schon der Glosse auffiel. — Ad alienum — potuit: überflüssig und seltsam formulirt. — Porrigi. — Potuit statt potest. — Idem rell ist ungenau: eod 3[7] Ulp 27 Sab. — Der Fall von idem rell wird vom ersten Satze mitumfaßt. — Fide rupta. — Quamquam sit. — Quamquam — tamen. — Die von Iustinian in C (6. 46) 6 gebilligte Gleichsetzung des per statuliberum non stare mit dem per heredem stare ist trotz B II 94 und Pringsheim Z 1921 655 nachklassisch. Ulp 2[6]. — ⟨liber non fit⟩ [proinde —]. (35. 1) 94 Herm 1 iur epit. — potest. ⟨itaque servus, si antequam dederit pecuniam, Titius moriatur, ad libertatem pervenire non potest⟩ [—]. Ex his — [: at —]. (40. 4) 55 Maecian 2 fid. [—.] (40. 7) 3[10] Ulp 27 Sab. — [vel procurator — est] —. [et sane —.] Eod 20[3] Paul 16 Plaut. Is, cui servus pecuniam dare ⟨et liber esse⟩ iussus est ⟨, ante quam servus pecuniam ei offerret⟩ [—], decessit. Sabinus ⟨scribit servum liberum non fore. Iulianus autem ait, etiam si servus obtulerit pecuniam ei, cui dare iussus erat, is autem accipere noluerit, liberum eum non futurum, et diversam causam esse⟩

[—] eius, quem heres prohibet condicioni parere [—]. (In § 4 tilge et si rell.) Eod 28[p] Iav 6 Cass: **Pringsheim.** Eod 39[4] Iav post Lab. — ⟨si ante testamentum factum Attia decessisset,⟩ [non posse] —. Trebatius [—] idem ⟨esse ait,⟩ si postea ⟨decesserit⟩ [—]. Labeonis — [quidem] habet, ⟨et⟩ [sed] — utimur [—]. (Welcher Zeitpunkt ist maßgeblich bei der Frage, ob eine condicio eine condicio impossibilis ist? Nach Labeo der der Testamentserrichtung, nach Trebatius der des Erbfalles. Vgl (35. 1) 72[7] Pap 18 quaest.) Interpolirt sind (großenteils klärlich) auch die übrigen Stellen, die den erbrechtlichen allgemeinen Satz enthalten: 'wenn derjenige, welchem die Handlung als Bedingung gesetzt ist, das Seinige getan hat, um die Handlung zu Stande zu bringen, so gilt die Bedingung als erfüllt' (**Windscheid** I § 92[6]). (35. 1) 40[p] Iav 2 post Lab ist etwa so herzustellen: ⟨Qui testamentum fecit, ita tibi legavit: 'si in diebus centum proximis post mortem meam futuris, quibus scies poterisque, illud feceris'.⟩ Quibus — [ire] prohibuerit [—], hi dies [condicioni] non imputabuntur. Staret und summoveas: falsche Tempora. Agendo ob calumnias: was heißt das? Eum summoveas! Condicioni non imputabuntur ist Unsinn

Paul 3. 6. 15. — adscrips[er]it, ⟨—⟩ [—]. (48. 10) 18[1] Paul 3 sent. — adscripsit, ⟨—⟩ [—] (interpolirte Paraphrasis). (26. 2) 29 Pap 15 resp. — [: cum —] (hoc ipsum = τὸ αὐτό; promisisse!; videbatur statt videretur). Viel zu konservativ Solazzi Minore età 268, Curator impuberis 18. Stark verfälscht sind auch (48. 10) 15 Call 1 quaest, auf das Seckel und Kübler in Note 5 hinweisen, und (3. 3) 25 Ulp 9 ed (Beseler Kr), auf das Solazzi hinweist.

Paul 3. 6. 76. Avibus legatis [—] phasianarii et pastores anserum ⟨non continentur⟩ [—]. Auch (32) 66 Paul 3 sent ist offenbar verfälscht.

Paul 3. 6. 77. —. [sed —.]

Vat 94 = (24. 3) 49[1] Paul 7 resp. — [a creditore antecedente] — ded⟨er⟩it, cui heres non extiterit (Dig) — [pro] (aus dem Folgenden gewuchert) praedio evicto [—] pretium petenti mulieri ⟨, quae patri heres non extitit,⟩ doli mali exceptionem [obesse], quae [tamen] officio — continetur ⟨, non obesse⟩ [—]. — Zwischen poterit und dem Vorhergehenden fehlt die von den Regeln des Stiles gebieterisch geforderte ausdrückliche Gedankenverknüpfung. — Poterit prodesse statt prodesset. — Hoc quod ait: eine bloße Behauptung soll nützen? auch wenn sie unbewiesen oder widerlegt ist? — Evidens iniquitas statt iniquum. — Evidens iniquitas: keineswegs: die konsequente Entscheidung 'der Mann muß der Frau zahlen und kann wegen der Eviktion gegen den Erben des Vaters klagen' ist nicht unbillig, ganz gewiß nicht offenbar unbillig. — Cum rell ist ein petitio falsi principii. — Dolus patris: ob eine Arglist des Vaters im Spiele gewesen ist, konnte Paulus gar nicht wissen. — Ipsi ist undeutlich. — Zu konservativ Z 1922 538. — Zur Sache vgl auch Z 1925 257.

Vat 121 Pap 4 resp. [—.] Offenbar Randsumme. Für echt genommen noch von Levy Ehescheidung 62, 81[2]. Necessitatem statt causam. Inducere.

Vat 227. — sens⟨er⟩it testator — ⟨tutor non⟩ is [datus] est — testator sensit ⟨, sed quem apertis verbis dedit⟩ ; [—] ergo —. Oder: — [nec — sensit testator] —. respondit: [—] neuter est tutor. [—.] — Ergo ist im überlieferten Texte unlogisch: nach dem was vorhergeht wäre der eine Titius tutor und wüßte man nicht, welcher. — Hoc statt idem. — Rescriptum est: von wem? — Incertum statt incertum sit. — Erotem: warum ein neuer Name? — Eodem statt hoc. — Quod in rell ist unverständlich. — Quod non ita statt non idem. — Vor si non fehlt nam. — Nach klassischem Rechte wird undeutliche Testamentsrede nicht nach außertestamentlichen Momenten interpretirt: das Testament muß deutlich reden, es muß einen vollständigen Willen erklären. — Justinian las den erweiterten Text: (26. 2) 30 Paul 6 quaest. — Konservativ urteilt noch Riccobono Mél Cornil 1926 361[6].

(2. 13) 10[1] Gai 1 ed prov. — [tantum — eis] —. Offenbar eine Glosse. Fraenkel Hermes 1925 420 tilgt nichts, liest ⟨non⟩ absimiles und vermutet eine latente Polemik des Gaius gegen Äußerungen wie eod (2. 13) 9[2] Paul 3 ed. So undeutlich pflegten die römischen Juristen nicht zu polemisiren. Wahrscheinlich ist 9[2] interpolirt und hatte Paulus gesagt: Nummularios [—] non [—] cogi — scribit [—]. In jener Glosse wird in der Tat non gestanden haben. Es wird von Trib gestrichen worden sein.

Absimilis ist im Bereiche des VIR immer unecht. (4. 8) 25[2] Ulp 13 ed. — [non absimiles] —. (17. 1) 38 Marcell sing resp: B II 70. (30) 90[p] Pap 18 quaest. — ⟨—⟩ [non dubie —]. Zu bescheiden B III 53.

(2. 14) 55 Iul 35 dig. — petatur: ⟨exceptio fructuario adquiritur⟩ [—]. — Paciscendo — facit ist zu unbestimmt: Glosse. Vgl auch Vat 72[1] = (7. 1) 23[p] Ulp 17 Sab. — Item rell ist eine wohlfeile Weiterdichtung eines Randschreibers. Weshalb der Irrealis? Beneficio pacti! Das aktivische pactum interponere ist ebenso unklassisch wie das aktivische stipulationem interponere. Utiliter ad petitionem admittetur!

(4. 4) 3[1] Ulp 11 ed. Unklassische Darstellungsart. Sprachliche Seltsamkeiten. Die Entscheidung des celsinischen Falles kränkt das an die Spitze gestellte Prinzip und legt fälschlich Gewicht auf den dolus des adversarius. Ulpian etwa: ⟨Ille ait⟩ [—], si quis maior factus comprobaverit, quod minor gesserat, restitutionem cessare. unde illud non ineleganter Celsus— ⟨scripsit.⟩ [tractat,] ex facto ⟨enim⟩ a Flavio Respecto praetore consultus ⟨, an minor annis viginti quinque, qui iudicium tutelae adversus heredem tutoris acceperat, mox nondum finito iudicio maior factus erat, tutoris herede absoluto in integrum restituendus esset, respondit non restituendum⟩ [—]. — Zu dictare B IV 191 sqq (dort fehlt unsere Stelle, weil sie im VIR sv dicto fehlt), Z 1922 545. — Dolose, dolosus ist unklassisch. Das VIR nennt weitere sieben Stellen. (4. 3) 1[p] Ulp 11 ed: B III 64. (4. 8) 31 Ulp 13 ed: Z 1925 459. (5. 3) 25[5] Ulp 15 ed: B IV 38, etenim! coepit! (10. 4) 9[2] Ulp 24 ed: Pern Kr. (11. 6) 3[p] Ulp 24 ed. — dolo[se] —. (42. 5) 31[2] Ulp 2 omn trib (!). (44. 4) 2[5] Ulp 76 ed: B I 108 III 39, Kr.

(4. 4) 11[2] Ulp 11 ed. — [cum curam administrasset,] — [cum enim — desideraverant.] — ⟨praetor de ea re⟩ [quia dubitabat,] — rescripsit

⟨in integrum restitutioni locum non esse⟩ [—]: neque — quinque [—]. — Cum curam administrasset ist überflüssig und lästig: es genügt zu wissen, daß Salvianus curator geworden war (acceperant curatorem). — Cum enim — indultum: ob und weshalb die excusatio nicht zulässig war, ist im hiesigen Zusammenhange einerlei. — Tutelam: hier handelt es sich doch um eine cura. — Soleant statt solerent. — Hi qui statt qui. — Indultum. —Meruisset seltsam. — Meruisset — desideraverant: das wissen wir doch alles schon! — Quia dubitabat ist Glosse und hat in den Text dringend ein par unentbehrliche Worte verdrängt. — Partes: Gräzismus. — Hunc statt eum. — Perperam. — Nullas partes esse praetoris, sed principes rell stammt vom Rande. — Restlos konservativ Lenel Z 1914 139, 195.

(5. 2) 14 Pap 5 quaest: B III 8. Auch die übrigen von de Visscher Revue hist 1925 250 zitirten klassischen Stellen, in denen intentio oder intendere ähnlich mißbraucht wird, sind verfälscht: (5. 3) 47 Mod 8 resp. — non [ideo] repelli [—]. (22. 3) 12 Cels 17 dig: später sv hic. (22. 3) 19^{p} Ulp 7 disp (!). ⟨Reus⟩ [—] si — ⟨probare⟩ [docere] —. (34. 9) 5^{10} Paul 1 iur fisc. — ⟨accusatorem⟩ [intentionem accusatoris] —. 5^{13}. — ⟨delationem⟩ [intentionem delatoris] — [in omnibus] — [satis] —. (40. 1) 5^{p} Marcian 2 inst. — potest [—] queri, quod [ab eo] — [, sub —]. Potest queri sub (!) denuntiatione (!)! (49. 14) 25 Ulp 19 Sab. ⟨—.⟩ [Est] et ⟨est⟩ decretum ab imperatore Severo [—] delatorem probare oportere [—]. Exigitur quis probare! Zu bescheiden B III 59. C (2. 1) 8 Alex 225. ⟨Anfrage.⟩ Et quae a divo Antonino ⟨Pio⟩ [patre] (vgl Kr) et quae a me rescripta sunt, ⟨servari oportet⟩ [—]. (In eod 1 Pius 155 lies — ⟨novum est⟩ [id —].) C (4. 32) 7 Anton 215. — [instrumentis suis] — [quae intendit] —. C (8. 2) 1 Sev et Ant 197. ⟨Si⟩ [— enim] — [tamen] — esse [—] probaveris. Zu (20. 1) 1^{2} Pap 11 resp (de Visscher 249^{1}) später sv etenim.

(6. 1) 5^{p} Ulp 16 ed. — [non voluntate] — [: quod si —] .— Quod si rell: das ist so allgemein nur dann, nein: nicht einmal dann richtig, wenn man per quamcumque liberam personam possessionem adquirere potest. — Commixta sunt und communicata videbuntur: unbegreifliche Pluralia.

(6. 1) 63 Pap 12 quaest. Zahlreiche Anstöße sind schon nachgewiesen: B III 181, Levy Z 1922 530sqq. Pauca addam. — Fraude statt des technischen dolo. — Quoniam: die Zahlungspflicht ist Bedingung der Möglichkeit, nicht zureichender Grund der Angemessenheit des Zessionsrechtes. Außer diesem Denkfehler liegt aber in quoniam auch ein sachlicher Fehler: nicht jeder Ästimationszahlungspflichtige hat ein Zessionsrecht: Levy Z 1921 506, Beseler Z 1925 217sq. Drittens: Wäre quoniam richtig. so wäre seine Richtigkeit etwas auf der Hand liegendes. Auf der Hand liegende teleologische Beziehungen aber ausdrücklich festzustellen ist schülerhaft und elementarlehrerhaft und nicht eine Gewohnheit der klassischen Meister. Statt quoniam — audiendus erit wäre am Platze pati debet aestimationem. sed audiendus erit. — Aestimationem pati steht im Bereiche des VIR nur noch in (5. 3) 54^{2} Iul 6 dig. Dazu Kunkel Z 1925 322. Ich füge hinzu: Cum statt si. Litis aestimationem earum rerum:

die beiden Genetive stoßen einander. Earum rerum: die vineae pomaria horti sind in der Regel keine selbständigen Sachen sondern partes fundi. Peiores statt deteriores. Sint statt sunt. Possessores: warum der Plural? Zur Sache: Litis aestimatio ist ein Gegenstand des Urteils. Der Richter muß aber aus der eigenmächtigen cultura schon im Arbitrate eine Konsequenz ziehen, durch Auferlegung einer Naturalherstellung oder einer zusätzlichen Geldzahlung. Rekonstruktionsversuch: vineae pomaria horti, si extra consuetudinem patris familias defuncti a possessore culta sunt, in pristinam condicionem ab eo restitui debent. quod si fieri non possit, quanto deteriora facta sunt, tanta pecunia praestari debet. — Audire: später shv. — Über desiderare später shv. — Facile ist häufig unecht. Seltsam Kübler Z 1921 534. — Ich folgere: lex 63 ist restlos unecht, sie ist Werk eines Paraphrasten. Dafür spricht auch mit entscheidender Kraft, daß Papinian sub titulo de furtis unmöglich etwas vorgetragen haben kann, was zu dem Diebstahlsrecht in keiner inneren Beziehung steht.

(7. 1) 29 Ulp 18 Sab. — [, nisi — aestimationem,] —. — Wohlfeil. — Das Legat ist auch dann gültig, wenn sein Objekt den Wert von drei Vierteln des Nachlasses überschreitet. Es wird dann nur gekürzt.

(7. 4) 28 (8. 6) 7 (32) 13 Paul 13 Plaut. Rekonstruktionsversuch: Si usus fructus alternis annis per vindicationem legetur, non posse non utendo eum amitti ait, quia plura sint legata. idem dicendum est, si ius aquae ducendae eodem modo legetur. si ita legetur aqua, ut vel aestate ducatur vel uno mense vel alternis diebus vel die tantum aut nocte, servitus aquae per biennium non utendo amittitur, quia una servitus est: nam et si cui alternis horis vel una hora cottidie legetur, Servius scribit perdere eum per biennium non utendo servitutem.

(7. 6) 1^{1} Ulp 18 Sab. Nachtrag zu Z 1925 460: Das VIR bezeichnet noch vier Stellen mit adminiculum. (5. 3) 7^{2} Ulp 14 ed: B IV 32 sq. (18. 1) 72^{p} Pap 10 quaest: Stoll Z 1924 66. (26. 7) 39^{9} Pap 5 resp: B II 42, Stoll 67. (41. 2) 13^{1} Ulp 72 ed. — ⟨accessione⟩ [adminiculo] —.

(8. 1) 9 Cels 5 dig. Si cui ⟨simpliciter⟩ [simplicius] (Hal) — ⟨in iure⟩ cedatur vel relinquatur, [—] per quamlibet — ⟨ei⟩ licebit ⟨. sed quidam putabant⟩ [—], qua primum — ea ⟨eum⟩ [demum] — debere[t] — habere[t]— liceret: ⟨sed⟩ [quod et] in via ⟨aliud⟩ servandum esse ⟨Proculus ait⟩ [—]. (8. 6) 6^{10} Cels 5 dig. — [idque — prohibet] — [si per —] perinde ⟨est⟩ [—] atque —. Civiliter = rücksichtsvoll nur noch in dem offenbar verfälschten (25. 5) 1^{2} Ulp 34 ed. Zu nihil prohibet B III 142. Im Sinne der Kompilation betrifft die zweite Stelle den Fall, wo dem Inhaber der Servitut das ius variandi ausdrücklich eingeräumt ist (siehe die Glosse). Das anzudeuten ist der Zweck der dieser Stelle eingefügten freilich sehr ungeschickten Embleme.

(8. 2) 32^{p} Iul 7 dig. —. [argumentum —.] So mit Recht, aber mit unklarer und fehlsamer sachlicher Begründung Rechnitz Studien zu Salvius Iulianus 1925 30. Das 'argumentum' ist unnötig und deshalb unlogisch, weil man einen Satz nicht dadurch beweisen kann, daß man eine Folgerung aus ihm bejaht. Dazu kommt, daß eine Servitut nicht als

Pflicht auf dem Grundeigentümer sondern als dingliches Recht auf dem Grundstücke lastet.

(9. 2) 30[p] Paul 22 ed. — [servum alienum] —.

(10. 4) 9[3] Ulp 24 ed. — [aeque] — ⟨non⟩ teneri —. ⟨et⟩ [sed] hoc [ibi (statt tunc!) utique] verum est, ⟨ni⟩si — [: quamquam —]. Vgl die Glosse. Zu konservativ B I 23. Auch C (3. 42) 7 Diocl et Max 286 ist verfälscht. Die actio in factum ist unecht.

(11. 7) 37[1] Macer 1 l vicens her. — quod [—] muniendi eius loci ⟨causa⟩ — ⟨amplius⟩ [amplum] (Mo) — iusserit, [—] eos — esse ⟨factos⟩. Vgl Hirschfeld Kaiserl Verwaltungsb [2] 100[2].

(12. 1) 32 Cels ⟨6⟩ [5] (L Kr) dig. — [an] mihi ⟨non⟩ obligaris ⟨, quia⟩ [—] nullum negotium mecum contraxisti ⟨, et petenti tibi exceptio doli obstabit. debitor autem meus debito quidem liberatus est, quia iussu meo promisit, sed mandati mihi tenetur, ut quod ex mandato meo consecutus est, mihi restituat⟩ [—]. — Statt an obligaris erwartet man nach dem Sprachgebrauche der Klassiker an obligeris (scil quaeritur). — Subsisto rell: unklassische Sprache, unklassische Darstellungsart. Subsisto ist ungewöhnlich. Si quidem statt quoniam. Propius est: siehe später shv. Ut obligari te existimem statt ut obligeris. Non quia — potest wiederholt. Sed quia rell ist syntaktisch verunglückt. Pecunia mea ad te pervenit ist falsch, es müßte heißen pecunia mea ad te pervenisse intellegitur. Bonum et aequum! — Jede Kondiktion beruht auf geschehener (regulärer oder irregulärer) datio des Kondizenten an den sie annehmenden Gegner: Pflüger Ciceros Rede pro Q Roscio Comoedo 1904. Hier fehlt eine solche Beziehung zwischen Ego und Tu. Schon deshalb, weil, wie sich gleich zeigen wird, Tu gar keinen effektiven Wert empfangen hat. — Kondiktion und Äquität haben nichts miteinander zu tun. — Das abstrakte Delegationsversprechen hat zur causa den einhelligen Willen seiner Parteien dem iussus eines bestimmten Dritten zu gehorchen. Diese causa fehlt hier durch Dissens. Also hat debitor meus gegen Tu die exceptio doli. — Debitor meus ist seiner Schuld ledig: er hat iussu meo zivilrechtlich wirksam promittirt: das Zivilrecht weiß nichts von der exceptio doli. (Wie freilich, wenn die Schuld honorarisch ist?) Aber ich habe gegen ihn die nicht vom strikten Zivilrecht sondern von der bona fides beherrschte actio mandati directa auf Herausgabe des Ersparnisgewinnes, den er zu meinen Lasten durch die Ausführung des Auftrags gemacht hat. — Subsisto rell ist Paraphrastenweisheit. — Zu eam mihi rell siehe auch Pflüger 1 1 97.

Zu dem Begriffe datio. (12. 1) 12 Pomp 6 Plaut. — furioso ⟨non⟩ adquiri — ⟨sed⟩ [nam] — ⟨nam⟩ [item] — id ⟨quod mutuum acceperat⟩ verterit — ⟨agi⟩ [condici] —. (44. 7) 24 Pomp sing reg. — furioso ⟨non⟩ adquiritur: ⟨sed⟩ [nam] — verterit, ⟨de in rem verso furiosi nomine agi potest⟩ [furioso condictio adquiritur]. —. (12. 1) 18[1] Ulp 7 disp. — [: sed in (!) utroque casu —]. (12. 1) 23 Afr 2 quaest. — ⟨nec⟩ mortuo — ait [—]. (12. 6) 29 Ulp 2 disp. — [vel furiosus] — [: nam —]. (19. 1) 30[p] Afr 8 quaest. —. [secundum —.], zu bescheiden B III 157. — Zu konservativ Haymann Jher Jahrb 77 (1926) 196 sqq.

(12. 2) 30[1] Paul 18 ed. Si ⟨mortuo iam Sticho⟩ iuravero te Stichum mihi dare oportere, ⟨so kann ich dich mit Erfolg verklagen, weil nach römischem Zivilrecht te Stichum, qui mortuus est, mihi dare oportere möglich ist. non idem dicendum est, si ea res, quam mihi dari oportere iuravi, numquam fuerit in rerum natura⟩ [—]. Das Überlieferte ist sachlich unsinnig und sprachlich schwer belastet. Zu konservativ Albertario La costruzione „nisi ... tunc enim" estr Filangieri 1911 14. Zu den äußerlichen Unechtheitsanzeichen, die A hervorgehoben hat, füge ich hinzu: sit statt fuit und reus debet statt debes.

(12. 4) 15 Pomp 22 Sab. — ⟨Attio⟩ in quaestionem [sub ea causa] —. [ages —.] Labeo ait posse [etiam] ad exhibendum agi [—]. sed Proculus ⟨fiduciae iudicio acturum te⟩ [—] ait, si ⟨noxae deditionis causa mancipaveris ei⟩ [—] hominem —. [sed] si ⟨non mancipaveris⟩ [—], etiam — esse. ⟨item dare eum tibi oportere agere te posse, quia et ante mortem dare tibi eum oportere intendere potueris.⟩ Vgl B I 25. Oportuerit statt oportuit. Fecisses und mansisset fallen aus der consecutio temporum.

(12. 6) 61 Scae 5 resp. — [sed] postea [—] pupillum — quaer⟨o⟩-[itur], an ⟨creditores⟩ [—] quod acceperunt ⟨curatori bonorum⟩ —. respondi ⟨non debere⟩ [—]. — Quod amplius — solutum est: Was heißt das? Mehr als geschuldet war? Mehr als die Konkursdividende? — Per tutores statt a tutoribus. — Aliis statt ceteris. — Amplius sui debiti! — Zu konservativ Solazzi Kr.

(12. 6) 63 Gai sing cas. Neratius [casum] refert ⟨fieri posse⟩ — velut si ⟨quis,⟩ [is, qui] cum [certum] —. — Qui mit übergeschriebenem is! Anders Kr. — Wäre certum echt, würde man eum factum hinter statuliberum vermissen. — Wäre der quis Schuldner eines certus homo gewesen, so wäre er seit dessen Statuliber-werdung wegen partieller Leistungsunmöglichkeit partiell frei. — In des Neratius Falle muß der quis einen servus non statuliber leisten, kann er aber bis zum Rückempfang des geleisteten servus statuliber kraft exc doli retiniren.

(13. 1) 9 Ulp 30 ed. [In] condictione — furtiva [— autem] —.

(13. 7) 20[3] Paul 29 ed. — ⟨pigneraticia formula agenti debitori exceptio obstabit⟩ [tamen — est] — [suum] — debitore ⟨: nam creditor ita excipiet 'nisi ea res possidenti sibi a debitore venierit'⟩. Seit Justinian, der das iudicium pigneraticium zum b f iudicium erhoben und die exc doli generalis geschaffen hat, hilft die immanente exc doli. Suum ist aus (pign)us gewuchert.

(14. 2) 10[1] Lab 1 pith a Paulo epit. — [, cum id sciret te fieri nolle,] — [ex conducto locato] — actionem. ⟨non⟩ [—] idem iuris erit, si prior — fuerit [—], cum — locasse⟨s⟩[t] (Hal Kr) — quo minus ⟨navigare sibi liceret⟩ [—]. idem dicemus —. — Immo —esset ist nicht im Einklange mit dem von Schulz Einf 106 sqq aufgedeckten klassischen Rechtszustande: was im Falle des Verzugs gilt, muß auch im Falle der positiven Vertragsverletzung gelten. — Modo ist sinnwidrig. — Utraque — esset statt sine dolo et culpa nautarum utraque navis periit. — Factum esset: unbegreifliche Verbalform. — Wenn der prior nauta sein entlastetes

Schiff absichtlich oder aus Ungeschicklichkeit umkommen läßt, handelt er dann dolos oder kulpos gegen den Tu? — Das dreifache idem iuris ist sehr häßlich. — Erit, cum conduxisset statt erit, si conduxerit. — Remissa — spectaret ist sprachlich wie sachlich wunderlich. — In eodem genere cogitationis observabimus! — Si probatum fuerit: hier plötzlich und nur hier die typisch byzantinische Ersetzung des Begriffes Tatbestand durch den Begriff Tatbestandsbeweis. — Die Hinzufügung des Falles mit der Krankheit ist wohlfeil und vollständigkeitssüchtig. — Vitium facere = 'schadhaft werden' ist ausgezeichnetes Latein und schützt idem dicemus rell gegen jeden Verdacht.

(15. 1) 43 Paul 30 ed. — nomine, ⟨quod simul vendidisti, eiusque,⟩ quod apud emptorem ⟨ex eo peculio vel ex operis suis⟩ — [nec —]. — Nec — tibi ist unverständlich. Tua, qui ist ein Byzantinismus, vgl z B Thuk 4. 18. 1 ἡμετέρας, οἵτινες. Ebenso im Englischen: Scott The Pirate chapter 31. The stranger — stood looking with fixed attention on his motions whose solitude he had interrupted. Vgl auch oben 58.

(16. 3) 1[16] Ulp 30 ed. — reddatur, ⟨—⟩ [—]. — Ulpian hatte gelehrt: dann ist die formula in factum concepta unbrauchbar, führt aber die Quidquid-formel dann zum Ziele, wenn die Verschlechterung der Sache und damit ein Schaden des Deponenten durch eine arglistige Handlung oder Unterlassung des Depositares verursacht ist. — Die Fiktion, die der überlieferte Text vorschreibt, ist gewaltsam und inanbetracht der Existenz der Quidquid-formel nicht von Not geboten. — Cum rell ist dadurch gröblich unlogisch, daß der Begriff der Arglist zwar im Nachsatze, nicht aber auch im Vordersatze figurirt. — Potest dici. — Auch (13. 6) 3[1] Ulp 28 ed ist offenbar verfälscht. Beachte unter anderm, daß proprie (= im eigentlichen Sinne des Wortes) rell die Wahrheit auf den Kopf stellt. Ulp: —, sed deterior ⟨facta, so ist hinter den Formelworten redditam non esse einzuschalten deterioremve factam redditam esse⟩ [—]. Daß der Eingang von (46. 3) 27 Ulp 28 ed verfälscht ist, beweist schon das circa: Ulp wird im Gegenteil eine Antithese aufgestellt haben: in den Fällen von 27 wirkte ja von alters her der Zwang unbiegsamer Rechtsbegriffe (vgl B IV 274, Z 1926 97). — Weshalb hat die formula depositi in factum concepta die Einführung der Quidquid-formel überlebt? Weil sie dem Kläger bisweilen günstiger ist: sie geht immer auf den objektiven Sachwert (über den Sinn des quanti ea res erit siehe Z 1926 91)[1]), auch dann, wenn das Interesse des Klägers am Wiederkriegen der Sache (die ja nicht notwendig ihm zu eigen gehört) gleich Null oder geringer als der Sachwert ist. Also trotz Levy eine Privatstrafe: Z 1925 217. Daß man indessen aus Freude an solcher Privatstrafe so weit gegangen sein sollte Deterioration in

---

[1]) Analog dem Grundsatze der perpetuatio obligationis wird bei der Abschätzung der Sache die vom Beklagten zu vertretende Vernichtung der Sache weggedacht. In dem Falle der utilis commodati actio des echten Ulpian von 3[1] cit muß man die Verschlechterung weggedacht haben. In allen diesen Fällen wirkte aber nicht wie bei der perpetuatio obligationis eine Tyrannei von Begriffen: man wollte das kurze und bequeme erit nicht durch den allzu ungefügen genauen Ausdruck ersetzen (erit vel futura esset, nisi —).

Vernichtung umzudeuten oder eine formula depositi in factum concepta utilis zu schaffen, ist nicht wahrscheinlich. Nein, man ließ die Früchte der formula in factum concepta wachsen und ließ sie pflücken, beförderte aber das Wachstum nicht. Justinian als Beschützer selbst der Arglist gegen Haftungsüberspannung — siehe Z 1925 217 und z B auch den Schluß des interpolirten (3. 5) 5[5] Ulp 10 ed[1]) — hat den materiellrechtlichen Sonderinhalt der formula in factum concepta und damit auch die Privatstrafe abgeschafft.

(17. 1) 3[p] Paul 32 ed. — ⟨interdum⟩ [interim nec] melior — [interdum melior,] —. Über das verschriebene interim nec war die Korrektur interdum melior geschrieben worden, die dann, mißverstanden, an ihrer jetzigen Stelle eingefädelt wurde. Fraenkels Text (Hermes 1925 427) ist unwahrscheinlich.

(18. 1) 34[7] Paul 33 ed. — potest [—]. Idem statt id. Porrigere. Similia. Id est. Das Asyndeton curatores procuratores. Qui statt ceteros qui. Die Kuratoren usw sollen rem pupilli nicht kaufen können?! (Das ist gesagt. Gemeint ist natürlich, daß sie die Sachen der von ihnen Vertretenen nicht kaufen können.) Mein procurator oder negotiorum gestor soll meine Sache nicht kaufen können?! Wenn man mit Lenel Z 1914 144 nur id est rell streicht, ist idemque — similia kaum verständlich.

(18. 1) 78[2] Lab 4 post a Iav epit. — [, quoniam —]. Ein grober juristischer Fehler: in Wirklichkeit ist die Kaufpreisschuld wie immer gespalten, muß freilich der Miterbe, um ex empto Tradition des Mitbesitzes fordern zu können, den ganzen Kaufpreis, also mehr als er schuldet, zahlen.

(19. 1) 13[p] Ulp 32 ed. Fraenkel Z 1924 527 sqq (vgl Hermes 1925 419[1]) erklärt sive igitur rell für echt und liest im Schlusse quod interfuit id ⟨n⟩on evenisse, erit praestandum. Früher pflegte man zu lesen quod interfuit idone⟨a⟩ venisse. Auch wenn Fs Konjektur, wie sehr wohl möglich ist, das Richtige trifft, ist klar, daß von dem Stücke sive igitur rell mindestens quod rell einem nachklassischen Textfälscher gehört. 1. An der Anakoluthie aestimationem — erit praestandum wird mit Recht Anstoß genommen. Die von F angeführte Parallelstelle (25. 3) 1[15] Ulp 34 ed ist schwer belastet und handgreiflich unecht. 2. Daß quod rell nicht ersatzlos gestrichen werden darf, wird trotz F auch von

---

[1]) BGB 684 formulirt ebenso falsch wie Tribonian: in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem = 'so ist der Geschäftsherr verpflichtet, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben'. Gemeint ist: der Geschäftsherr schuldet Auslagenersatz bis zur Höhe des Wertes der Bereicherung, die ihm durch die Geschäftsführung entstanden und ihm geblieben oder aus einer von ihm zu vertretenden Ursache nicht geblieben ist. Vgl auch Z 1925 464 zu (15. 1) 32[1] Ulp 2 disp. — Zur neg gestio: die Richtigkeit der kühnen Konstruktion von Frese Mél Cornil 1926 ist vorläufig nicht einmal glaubhaft gemacht. Grundstürzende Neulehren ohne auch nur den Versuch einer ausreichenden Begründung aus den Quellen vorgetragen wirken beunruhigend und verwirrend.

Haymann und Schulz nicht verkannt. 3. Quod interfuit id non evenisse ist zweckwidrig abstrakt. Man fordert quanti ea pecora fuerunt. 4. Quod interfuit id non evenisse erweckt durch die Art seines Formulirtseins den Anschein, als wolle es, mit Projektion in den konkreten Fall, das Prinzip der Schadensberechnung aussprechen. Dies Prinzip aber, in den konkreten Fall projizirt, lautet: quanti interest emptoris se morbosum pecus non emisse; nein, so: quanti interest emptoris se non ignorasse pecus morbosum esse. 5. Quod interfuit id non evenisse statt quod interest id non evenisse ist unlogisch. In der von F angeführten Parallelstelle (7. 4) 29 p Ulp 17 Sab ist teneri — quamquam und sed si rell Paraphrastenwerk. Teneri — esse sagt etwas selbstverständliches und nicht zum Thema gehörendes. Vor quanti vermißt man in tantam pecuniam. Proprietarius: warum gerade der? Eum locasset suo nomine: konnte er ihn meo nomine verpachten? Locasset statt locaverit. Fruitur statt fruitus est. 6. Quod interest oder quod interfuit oder quanti mea interfuit id non fieri oder quanti mea interest id factum non esse oder quanti mea interest id non fieri ist gutes Latein. Quod interfuit id non evenisse ist unlateinisch. — Sive igitur rell ist leicht zu entbehren, sagt es doch etwas selbstverständliches. Ist Fs Lesung richtig, so wird sive igitur rell unecht sein. Ist die andere Lesung richtig, so mag sive igitur — perierunt echt sein. Dann ist quod interfuit rell nachklassischer Ersatz etwa von tantum, quanti ea pecora fuerunt, praestari oportere. Vielleicht hatte Ulp geschrieben: Iulianus libro quinto decimo ⟨ait⟩ [inter] eum, qui sciens [—] pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, [—] sive [igitur] aedes vitio tigni corruer⟨i⟩[u]nt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perier⟨i⟩[u]nt, ⟨tantum, quanti ea pecora fuerint. emptori praestaturum⟩ [—]. Nicht glückhaft Kunkel Z 1926 285.

Id, quod interest alicuius aliquid fieri. (2. 11) 14 Ner 2 membr. — ⟨sisti aliquem⟩ [ita] stipulatus est, [—] non etiam poenam, si status non esset ⟨,⟩ [—] nullius — procuratoris [—] nihil interest sisti. [—.] (2. 13) 8 Ulp 4 ed ist sicher verfälscht: Mea! Hodie: welcher Tag ist gemeint? Vgl auch Z 1925 458. (3. 5) 42 Lab 6 poster a Iav epit. — [: nisi —]. (12. 3) 3 Ulp 30 ed. — [ut iuret quisque quod sua interfuit,] —. [nisi —.] Beachte unter anderem quis iuret statt quis iurare velit. (19. 1) 1 p Ulp 28 Sab. — [, hoc est — emptoris] —. 28 Iul 3 Urs Fer: H Krüger Kr. (19. 1) 43 Paul 5 quaest: trotz Fraenkel Hermes 1925 428 schwer verfälscht, zu konservativ auch Riccobono Ann Palermo 3, 398. (21. 2) 31 Ulp 42 Sab: später. (43. 4) 1 5 Ulp ⟨62⟩ [72] (L Kr) ed. ⟨Ait praetor⟩ [Haec verba] — [continent — condemnetur. (falsch) proinde] si ⟨quis⟩ —. Diese kleine Sammlung ließe sich gewiß sehr vermehren.

(19. 1) 36 Paul 7 Plaut. — ⟨utiliter stipulatur⟩ [stipulationem interponere debet] — [et diligentiam] — [et pars —]. — Zu dieser Stelle Haymann Z 1919 295, Kunkel Z 1925 279, Beseler Z 1925 467. — Die Stelle ist aus dem Kapitel de furtis: L Pal. Paulus hatte von der Custodiahaftung des Verkäufers gehandelt und ihre verschiedenen Konsequenzen entwickelt. Utiliter stipulatur: die Stipulation ist keine notwendig inhaltleere. Der Gedanke, daß der Verkäufer verpflichtet ist die stipulatio

damni infecti zu interponiren, gehört Tribonian. — Das aktivische interponere stipulationem kommt nach H 295[1] im Bereiche des Berliner Index noch sechsmal vor. (3. 5) 5[3] Ulp 10 ed: später sv contemplatio. (10. 2) 49 Ulp 2 disp: H 295[1], Beseler Z 1925 462. (35. 2) 84 Iul 13 dig. ⟨Alius quoque⟩ (vgl L Pal) Reperitur — ⟨defunctus⟩ [testator] — [non interposuerit stipulationem,] — reddi ⟨stipulatus non sit⟩ : ⟨wenn nämlich zwar nicht die im Haupttestamente verfügten Vermächtnisse allein, wohl aber alle Vermächtnisse zusammen das falzidische Maß überschreiten,⟩ —. (39. 2) 18[10] Paul 48 ed: H 290 sqq, später sv contingere . (45. 1) 41[p] Ulp 50 Sab: B III 68, anders H 295[1]. (46. 8) 20 Ulp 1 disp (!). — Das aktivische interponere cautionem kommt (vgl H 295[1]) im Bereiche des VIR in vier Stellen vor. (5. 3) 17 Gai 6 ed prov: Ferrini Kr. (31) 76[7] Pap 7 resp: oben 63. (33. 4) 7[5] Pap 18 quaest: offenbar restlos unecht. (40. 5) 4[22] Ulp 60 ed: ?

(21. 1) 21 Ulp 1 ed aed cur. Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habu[er]it, et quia reddendo id fi[eba]t, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio. Cum ⟨redhibetur⟩ [redditur] ab emptore mancipium, venditori de dolo malo promitti oportere [eum] Pomponius ait [et ideo cautiones necessarias esse, ne forte aut pignori datus sit servus ab emptore aut iussu eius furtum sive damnum cui datum sit]. Idem Pomponius ait interdum etiam ⟨futuri temporis nomine⟩ [dupliciter] cautiones interponi debere, [alias in praeteritum, alias in futurum,] ut puta si eius servi nomine qui redhibetur emptor procuratorve eius iudicium accepit, vel quod cum eo ageretur vel quod ipse eius nomine ageret. cavendum autem esse ait, si quid sine dolo malo emptor condemnatus fuerit aut dederit, [his rebus] recte praestari, vel si quid ex eo quod egerit ad eum pervenerit dolove malo [vel culpa] eius factum sit, quo minus perveniret [isdem diebus], reddi. Idem ait futuri temporis nomine cautionem ei, qui sciens ⟨vitiosum mancipium⟩ vendidit, fieri solere, si in fuga est homo sine culpa emptoris et nihilo minus condemnatur venditor: tum enim caver⟨i⟩[e] oportere, ut emptor hominem persequatur et in sua⟨m⟩ potestate⟨m⟩ redactum venditori reddat.

Mancipium, venditori: die Ausgaben setzen das Komma fälschlich hinter venditori. — Et ideo statt ideo enim. — Cautiones necessarias statt cautionem necessariam. — Vor ne forte fehlt quia periculum est. — Sive statt vel. — Furtum datum statt furtum factum. — Möglich, ja wahrscheinlich, daß der Pomponius des § 1 ähnlich dem des § 2 eine umständlichere Kaution verlangte, eine Kaution nämlich, die den Fall der Verpfändung, der Nießbrauchsbestellung, der durch Schuld des Käufers entstandenen Noxalhaftung vorsah und mit einer Dolusklausel abschloß. Davon wäre der überlieferte Text ein Nachklang. — Dupliciter ist undeutlich: 'von beiden Seiten' oder 'von einer Seite doppelt' ? — Cautiones interponunter in praeteritum (in futurum) ist kein Latein. — Qui sciens ⟨vitiosum mancipium⟩ vendidit. Qui sciens vendidit ist Unsinn. Weiter: C (4. 58) 5 Grat Valent Theod 386 beweist, daß die gewöhnliche actio redhibitoria nur dann zum Ziele führt, wenn der Käufer den entlaufenen Sklaven herbeischafft, ohne Rücksicht darauf, ob die Flucht des Sklaven

mit oder ohne Schuld des Käufers geschehen ist. Der Schlußsatz des Ediktes von (21. 1) 1^{1} Ulp 1 ed aed cur ist keineswegs, wie die Pandektisten wähnten, überflüssig. Die darin verheißene actio wird etwa so gelautet haben: Si paret — morbi vitiive quid cum veniret fuisse, quod N^{s} adversus edictum — cum sciret non pronuntiavit, si — redhibebitur — restituentur aut per A^{m} non stabit, quominus redhibeatur restituantur, —. Analog im Falle des dictum oder promissum.

Dupliciter ist im Bereiche des VIR überall unecht. Das VIR nennt weitere 13 Stellen. (36. 1) 17^{3} Ulp 4 fid. —, ut Maecianus ⟨refert⟩ — ⟨Pegasiano⟩ [Trebelliano] senatus consulto locum esse et [—] debere aut deductionem ⟨fideicommissarium⟩ [eum] — .— (38. 10) 10 Paul sing grad et adfin (8 mal): diese Lex ist von Paraphrastenhand stark verbreitert. — (40. 4) 2 Ulp 5 Sab. — [. mihi — dupliciter] —. (43. 8) 2^{22} Ulp 68 ed. — [dupliciter] —. — (45. 1) 38^{9} Ulp 49 Sab. [—.] Hinter denique habere fehlt nos. In § 6 tilge sed videtur rell. — (48. 19) 16^{3} Claud Sat sing poen pag. — [dupliciter] —.

(24. 3) 59 Iul 2 Urs Fer. — dotem ⟨, quam pater dederat, retineret⟩ [—]. Sabinus dicebat ⟨de dote reddenda agere me non posse⟩ [—]: Gaius idem. ⟨puto autem utile mihi rei uxoriae iudicium dandum esse.⟩ — Intestaterbe der Frau ist ihr Vater: orfitianische Erben (etwa Kinder aus einer ersten Ehe) kommen nicht in Betracht, weil der Fall vororfitianisch ist. — Daß die Frau patre auctore (Gai 2^{122}) ein Testament gemacht hat, in dem sie den Vater von der Erbschaft ausschloß, ist wenig wahrscheinlich. — Nach justinianischem Rechte behält der Mann die dos niemals. Deshalb die Interpolation potius — redderet. Die Parallelstelle (24. 2) 5 Ulp 34 ed ist aus Versehen uninterpolirt geblieben. — Dicebat: B IV 3*. Trib hat wie auch sonst oft eine dissensio dominorum verdeckt. — Julians Entscheidungsgrund: der Zweck eines Rechtsaktes, dessen einziger Zweck abnorm ist und zum Gegenstand einen Gewinn des Aktausübers hat, welchem Gewinn ein Schaden einer anderen Person notwendig konkomitant ist, ist vereitelungswürdig.— Lex 5 ist grammatisch, stilistisch und logisch so schlecht, daß sie als Paraphrase angesprochen werden muß. Ihr Tatbestand und ihre Entscheidung sind dem klassischen Vorbilde konform.

(26. 2) 32^{2} Paul 9 resp. — [pupillaris aetatis] (gl) — [Lucius] (Mo) — [Eroti] (gl) libertatem [non] dedit — intra ⟨triginta⟩ [viginti quinque] — ⟨ex iure Quiritium⟩ sibi vindicare. — quoniam ⟨lege Aelia Sentia cautum esset, ne minor triginta annis servus testamento manumissus civis Romanus fieret,⟩ [—] eum quoque, de quo quaer⟨ere⟩[i]tur in eadem causa habendum [—] esse [—]. — Der Anfragende glaubte, in dem Falle, wo der Sklave auch zum Vormund berufen ist, könne eine Ausnahme von der Norm der lex Aelia Sentia gelten. — Erst jetzt begreift man die Redewendung eum quoque in eadem causa habendum esse. — Der Kompilator hat den Tatbestand umgedichtet und uns liegt Rückumdichtung ob. — Viel zu konservativ B III 202 zu p 40 und Solazzi Minore età 282. — Das invenimus von C (6. 27) 5^{1b} Iustinian 531 ist eine Irreführung. (26. 2) 10^{4} Ulp 36 Sab. —. [quin —.] 22 Ulp 45 ed. Si quis ⟨servum suum

sine libertate⟩ — suo ⟨,servus⟩ [servum — is] —. (vgl Inst (1.14) 1 plane — dicendum est) C (7. 4) 10 (9) Valerian et Gallien 260. [Et]si — ⟨—⟩ [receptum — placuit]. Inst (1, 14) 1. —. [sed sciendum — dicendum est.] —. Die Interpolation von 10 (9) ist älter als die Verordnung von 531.

(26. 7) 32^{4} Mod 6 resp. [—] adulescens —: postea [—] in integrum restitutus [—] est: quaero, an cum ⟨pretium eum consumpsisse⟩ [—] neque — venumdati [—] emptorem —. Lauter eingedrungene Randbemerkungen. Interposito curatore ist trotz Lenel Z 1914 132^{1} sprachlich ungeheuerlich und sachlich unbegreiflich. Melior = locupletior!

(28. 5) 12 Paul 2 Sab. Dazu Z 1922 536. Unmittelbare totale oder partielle ademtio hereditatis ist unwirksam. Mittelbare partielle ademtio hereditatis, die dadurch geschieht, daß ein Miterbe gesetzt oder einem Miterben die Quote erhöht wird, ist wirksam. Testament: Primus ex quadrante, Secundus ex dodrante heredes sunto. quos ex disparibus partibus heredes institui, ex aequis partibus heredes sunto. P und S teilen im Verhältnis von $^1/_2$ zu $^3/_4$. In diesem Sinne muß Paulus entschieden haben.

(28. 8) 11 Iav 4 post Lab. Qui filium libertinum habebat, heredem eum instituerat, deinde ita scripserat: 'si mihi filius ⟨meus heres⟩ [nullus] erit ⟨et ante morietur, quam⟩ [, qui] in suam tutelam veniat, tum Dama servus ⟨meus⟩ liber ⟨et heres⟩ esto': [—] quaerebatur, si ⟨libertinus patri heres exstitisset et intra pubertatem decessisset, an⟩ Dama liber esset. Trebatius nega⟨ba⟩t, quia filii appellatione libertinus ⟨non⟩ [quoque] contineretur: Labeo contra, quia eo loco verum filium accipi oportet. [—.]

Dama liber esset: Erbe kann er natürlich nicht werden. — Das Nebentempus contineretur fordert negabat oder negavit. — In negabat und dem Indikativ oportet liegt schon, daß Javolen dem Labeo zustimmt, sodaß ein illius sententiam probo am Schlusse, überflüssig ist. Zu negabat B IV 3*. — Verus filius ist natürlich nicht iustus filius sondern leiblicher Sohn. Daran ändert natürlich nichts, daß nach Priscian iustum pro vero et verum pro iusto frequenter tam nos quam Attici[1]) ponimus. — Labeo hat natürlich Recht, und es versteht sich, daß Javolen ihm zustimmen mußte und zustimmte. — Wahrscheinlich hatte der Testator seinen Sohn ohne die Bezeichnung als Sohn eingesetzt. Sonst wäre die Entscheidung des Trebatius kaum zu begreifen. — Man verweise nicht etwa um den überlieferten Testamentstext glaubhaft zu machen auf Cicero de or 1. 39. 180 — ego autem defenderem eum hac tum mente fuisse, qui testamentum fecisset, ut, si filius non esset, qui in suam tutelam veniret, M' Curius esset heres: die hervorgehobenen Worte sind nicht Testamentstext und könnten es auch nicht sein, ihr Anklang an den in 11 überlieferten Testamentstext ist zufällig.

(30) 8^{1} Pomp 2 Sab. — dato', ⟨so ist das Legat wegen Unbestimmtheit nichtig⟩ [—]. — Paraphrasis, in die Trib et solutum eingefügt hat.

---

[1]) Z B Thukyd 8. 56. 8 οὐκ ἀληθεῖς κριταὶ ὄντες, τὸ δὲ ξυμφέρον μᾶλλον θεραπεύοντες.

Schon Sprache und Darstellungsart beweisen trotz Levy Konk I 194[3] die Unechtheit des von mir Getilgten. Ut liberetur statt et liberabitur ist schlimm undeutlich. Quasi — fuissent statt perinde ac si duo rei promittendi essent. Cui. Solvisset statt solverit. — (32) 25[p] Paul 1 Ner. — dato': ⟨—⟩ [—]. Auch hier der schlimme grammatische Fehler velit statt volet. Interpolation nach dem Muster der Paraphrase von 8[1]. — Vgl den analogen Fall in Z 1926 273 zu (24. 3) 45 Paul 6 quaest.

(30) 27 Paul 9 Plaut. Dazu Z 1926 274. Zu vel paucioribus vel in una re vgl Homer Od 12. 27 ἢ ἁλὸς ἢ ἐπὶ γῆς ἀλγήσετε πῆμα παθόντες. Hor Sat 1. 2. 123 sq ut neque longa Nec magis alba velit, quam dat natura, videri gräzisirt. Vgl Z 1925 419[1]. In Plaut Most 30 sq Quo nemo adaeque iuventute ex omni Attica Antehac est habitus parcus nec magis continens ist vor parcus kein erstes magis hinzuzuverstehen: quo nemo adaeque parcus = quo nemo magis parcus, vgl Plaut Cas 3. 5. 45 und die andern von Lorenz zu Most 30 zitirten Stellen.

(30) 39[7–10] Ulp 21 Sab. ⟨Campum Martium aut forum Romanum vel aedem sacram nec per damnationem legari posse constat.⟩ [—.] Si vero — quis ⟨per damnationem, an valeat legatum, dubitari potest. sed magis est non valere, quia res fisci, quae principis usibus deserviunt, pro rebus extra commercium habendae sunt.⟩ [—] ea praedia Caesaris, quae [—] sub procuratore patrimonii sunt, si ⟨per damnationem⟩ legentur, [nec] aestimatio eorum debet praestari [—]. — Utique si parari possint: nein, auch wenn sie nicht feil sind. — Furiosi — adscribere ist eine schiefe Erfüllung des Bedingungssatzes, hat einen unjuristischen Inhalt, entrüstet sich in unklassischer Weise und stellt eine übertriebene Behauptung auf. Vgl (28. 7) 27[p] Mod 8 resp. — Daß das Privatland des Kaisers extra commercium sei, ist unhaltbar. Daß es nicht veräußert zu werden pflege, ist fragwürdig und wäre, wenn es wahr wäre, keine zureichende Begründung jener anderen These. — Die Angleichung des Privatgutes des Kaisers an das Fiskalgut ist eine Neuerung Justinians: C (7. 37) 3 Iustinian 531 und dazu Leyser Med X spec 657 X.

(30) 56 Pomp 14 Sab. Si ⟨per damnationem⟩ — ⟨agenti ei ex stipulatu doli mali exceptio obstabit⟩ [nihil —], quia qualis ⟨servus est⟩ [sit] — [nec —]. Verquickung von zivilem und prätorischem Rechte. Die Stipulation ist nach Zivilrecht selbstverständlich gültig und Trägerin der vollen von ihrem Wortlaute vorgezeichneten Rechtskonsequenz. Die exc doli paralysirt eine ungerechtfertigte Bereicherung: der Legatar hatte keinen Anspruch auf das Forderungsrecht ex stipulatu, das er empfangen hat. Sie ist eine defensive condictio indebiti von Prätors Gnaden. Nihil veniet in eam stipulationem statt nihil veniet in ex stipulatu actionem.

(30) 119 Marcian 1 reg. Si servus ⟨, cui fideicommissaria libertas relicta est,⟩ — ut [ne] — [reddat et] lucri faciat [, —]. — Ideo rell beantwortet in unklassischer Sprache eine unsinnige Frage. — Zu konservativ Kunkel Z 1925 327. — Non hoc consequitur: durch exc doli gegen die Vindikation des Erben. — Die Klausel rationes ne reddat meint 'ich habe das übliche si rationes reddiderit nicht etwa aus Versehen ausgelassen'.

(31) 16 Cels 16 dig. ⟨'Heres Titio aut Seio centum dare damnas esto': non valet legatum, quia incertum est, utri debeatur quod legatum est. 'heres Titio centum dare damnas esto, eadem centum Seio dare damnas esto':⟩ [—] heres alteri —. — Vgl die Glosse und Cui, ferner Z 1925 448 zu (35. 1) 72[8] Pap 18 quaest und Z 1926 273 zu (24. 3) 45 Paul 6 quaest. — (31) 17[1] Marcell ⟨15⟩ [10] (L Kr) dig. — dare ⟨, ille scripsit legatum inutile esse⟩ [—]. (Omnibus eadem decem praestare!) — Für Fideikommisse galt auf Grund einer kaiserlichen Konstitution ein singuläres Sonderrecht: (40. 7) 21[1] Pomp 7 Plaut.

(31) 76[p] Pap 7 resp. Cum filius ⟨adversus plures heredes scriptos⟩ [divisis tribunalibus] actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset atque ita variae sententiae iudicum extitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum praeceptiones sibi datas, non magis quam ceteros legatarios ⟨per vindicationem legata⟩ [actiones], constitit. sed libertates [ex] testamento ⟨datae irritae sunt, quia nemo pro parte liber, pro parte servus esse potest. idem dicendum est de servitutibus per vindicationem relictis, quia et ipsae⟩ [competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset. quod non erit trahendum ad servitutes, quae] pro parte minui non possunt: plane ⟨si ab omnibus heredibus servitus per damnationem relicta sit,⟩ petetur integra servitus ab eo qui filium vicit, ⟨sed doli mali exceptione opposita et partis aestimatione oblata legatarium summovebit. item⟩ [partis autem aestimatio praestabitur: aut] si paratus erit filius pretio accepto servitutem ⟨simul cum eo, qui eum vicit, in iure cedere⟩ [praebere], [doli] summovebitur ⟨eadem⟩ exceptione legatarius, si non offerat partis aestimationem [, exemplo scilicet legis Falcidiae].

Divisis tribunalibus: die Abteilungen der centumviri haben keine tribunalia, tribunalia sind nicht teilbar und tribunal = Gericht ist unklassisch: Glosse. — Cum — litigasset ist unverständlich. — Trahere aliquid ad aliquid ist unklassisch. — Plane heißt nicht 'vielmehr' sondern 'indessen'. — Wider partis autem aestimatio praestabitur siehe Z 1926 91. — Aut si statt si vero. — Doli summovebitur exceptione: Hyperbaton. — Sinn der exc doli: Die Testatrix hat jeden der Erben virtuell partiell belasten wollen: Regreß gegen den Miterben! Also fordert im vorliegenden Falle der Legatar, der den Vollwert fordert, contra voluntatem defunctae. Vgl (29. 7) 15 Afr 2 quaest. — Zu exemplo rell vgl Z 1926 96 sq zu (35. 2) 80[1] Gai 3 leg ad ed praet. Eod 7 Pap 7 quaest. — potest, ⟨—⟩ [—]. In solidum: jemals pro parte?! Restituetur! (44. 4) 5[1] Paul 71 ed. Si [cui] — [et is] — habente ⟨—⟩ [—] Marcellus ait [—]. Quartae: notwendig quartae?! Zu konservativ B II 85. Das exemplo legis Falcidiae von 76[p] kehrt die Wahrheit um: die exc d ist von dem papinianischen auf den falzidischen Fall übertragen worden, und zwar von Trib. — In (37. 7) 6 Pap 6 resp tilge das unsinnig angeknüpfte nam rell. (44. 2) 29[p] Pap 11 resp ist heillos verfälscht, sed praetoriis rell ist restlos Tribonianswerk (quaestio tenuit!), seltsam konservativ Betti Limiti soggettivi della cosa giudicata 1922. In C (3. 28) 13 Gord 239 tilge quamvis rell. Vgl auch (40. 12) 30 Iul 5 Min und dazu B III 153.

(32) 49 [6] Ulp 22 Sab. — ⟨peti posset⟩ [valeat] — debere ⟨, alioquin legatum petenti doli mali exceptionem obstare⟩ Proculus scripsit [—]. (34. 2) 3 Cels 19 dig. ⟨Vir⟩ Uxori — mortem ⟨viri divortium factum est. legatum petenti doli mali exceptionem obstare⟩ [—] Proculus ait [—]. 2 Afr 2 quaest. — ⟨testatoris⟩ [mandatoris] —. [at] si vivente testatore ⟨post factum divortium⟩ [—] emeris, non ineleganter dicetur [—] post emta ⟨ipso iure non deberi⟩ [—], quasi —. (At — decessit ist töricht: das Legat ist doch schon durch das Vorversterben der Legatarin hinfällig.) Zuletzt zu diesen Stellen Levy Ehescheidung 79 [3].

(32) 102 [p] Scae 17 dig. — ⟨quaero⟩ [quaesitum est] — non deberi ⟨nisi⟩ (Charondas Mo) — ⟨item quaero⟩ [idem quaesiit] — condider ⟨i⟩ [a]t — respondit [—] praedia quoque deberi. — Zu wenig streichen Grad L. — Nicht auf den wirklichen und gar einen nachträglichen sondern auf den im Testament erklärten Willen kommt es an. Und der ist klar. — Ut his (gemeint sind die emtiones = Kaufvertragsurkunden) legatariae datis proprietas praediorum praestaretur: Übergabe einer Vertragsurkunde wirkt in klassischer Zeit weder Übergang des Besitzes noch Übergang des Eigentums an dem Vertragsgegenstande, am allerwenigsten, wenn dieser Gegenstand eine res mancipi ist, Übergang der proprietas, des quiritischen Eigentums: Riccobono Z 1912 277 sqq. — Posse defendi!

(33. 2) 16 Mod 9 resp. — respondit, ⟨si legatum, de quo quaereretur, civitatis nomine peteretur, heredi doli mali exceptionem profuturam⟩ [—]. — B III 108. — Falsche Tempora. — Quantitatem! — Wer soll dispicere? Das mußte gesagt werden. Antwort im Sinne Justinians: der Provinzialstatthalter, durch einen Verwaltungsakt. In klassischer Zeit hätte es zu der Konversion eines Gesetzgebungsaktes bedurft: Sueton Tib 31, wo übrigens testatoris statt legatoris zu lesen ist.

(34. 7) 1 Cels 35 dig. ⟨—⟩ [— definit,] quod ⟨legatum⟩ —. [quae —] si quis — dato' ⟨, impleta condicione legatum valet:⟩ [—] nam [hoc modo] si ⟨testator⟩ —. Item si ⟨ita⟩ tibi ⟨per damnationem⟩ — ⟨impleta condicione⟩ legatum —. — Catoniana — definit gehört den Kompilatoren, die den Titel mit dem Stichwort desselben beginnen lassen wollten: regula definit ist ungewöhnlich und von sic definit kann nicht gut ein acc c inf abhangen. — Falsa est ist in unerträglichem Widerspruche mit verius est. — Zu quid enim, si — ? B I 61 sqq. — Der Satz quid rell tut so, als stehe des in ihm erwähnten Legates Gültigkeit, ob nun mit der Catoniana vereinbar oder nicht, unverbrüchlich fest, eine petitio principii aperte falsi. — Cavillari nur noch in (38. 17) 2 [44] Ulp 13 Sab, wozu B IV 238. — Zu hoc modo B I 82.[1]) — Statim statt testator statim beruht offenbar auf einer aberratio oculi eines Abschreibers: ein zweiter Abschreiber hat das scheinbar sinnlose te getilgt. — Zu ⟨ita⟩ vgl Jacques Lambert Règle Catonienne 1926 156 Note. — Im übrigen siehe Vangerow II § 540 II 1. —

[1]) Hoc modo = hoc casu ist allem Anschein nach ein Gräzismus: Thukyd 1. 45. 3 (οὕτω) 1. 77. 3 (ἐκείνως) 2. 11. 6 (οὕτω) 3. 46. 2 (ἐκείνως) 6. 11. 3 (ἐκείνως) 6. 64. 1 (οὕτω). Vgl alias = alio casu und dazu Z 1925 465 Mitte. Das ebenfalls unlateinische modus = τρόπος = Motiv findet sich z B bei Polyb 3. 63. 6. In (28. 5) 93 streiche unter anderm licet — tamen.

Der Ausspruch non esse datum legatum verius est quam inutiliter datum ist dogmatisch eminent wertvoll, er enthält den Schlüssel zum Verständnis des bedingten Damnationslegates. Ein bedingtes Damnationslegat setzt ein bedingtes Sollen, und ein bedingtes Sollen wird nur durch und erst mit Bedingungseintritt ein lebendiges Sollen. Ein sogenanntes bedingtes Versprechen hingegen ist ein Versprechen und Sichbinden von unbedingter Existenz: bedingt ist sein Inhalt: nicht zu spondes und spondeo sondern zu dare gehört si —. Wenn ich, wie man sagt, bedingt verspreche, verspreche ich und binde ich mich jetzt, man hört mich ja präsentisch sagen, daß ich mich binde; verspreche ich freilich etwas Bedingtes, eine Leistung in einem ungewissen zukünftigen Falle. Das Versprechen und Sichbinden ist entweder da oder nicht, nie ist es nur bedingt da. Daraus erklärt sich, daß zwar nicht das bedingte Damnationslegat auf den Erben des Bedachten, wohl aber trotz Vassalli und Riccobono (vgl Z 1926 89[1], Haymann Jher Jahrb 77 (1926) 203[1]) das Recht aus der sogenannten bedingten Stipulation auf den Erben des Stipulators übergeht. (Eine anders geartete Erklärung freilich heischt der Satz (Z 1925 219 sq), daß die gewöhnliche bedingte Übereignung durch Tradition ein vererbliches Rechtsverhältnis schafft. Aber daraus folgt nicht die Unwirklichkeit dieses Satzes.) Aus der Unbedingtheit des spondeo, durch das jemand etwas bedingtes verspricht, erklärt sich auch (sie ebenfalls bestätigend), daß solchem spondeo, wenn sein Wirkensollen eine tutoris auctoritas erheischt, eine unbedingte tutoris auctoritas hinzutreten muß, wie (26. 8) 8 Ulp 48 Sab bezeugt. Diese Stelle, die dem Abschnitte de verborum obligatione und trotz L Pal sicher nicht dem Unterabschnitte de acceptilatione angehört, ist so zu rekonstruieren: Etsi ⟨pupillus sub condicione promittat,⟩ [—] tutor debet pure auctor fieri [—]. Trib hat kompletoman generalisirt. Vgl B II 62.

(35. 1) 55 Iav 13 epist. — licet ⟨ille scripserit⟩ nummos ⟨eum⟩ non ⟨facere⟩ [faciat] — interest, ⟨inquit⟩ — deicere? ⟨quod aperte falsum est: nam quod condicionis implendae causa datur, non⟩ [—] testamenti —. — Ungeschickt ausgeführte Interpolation, welche die mortis causa capio dem Vermächtnisse angleichen will. — Vgl Mo.

(35. 1) 69 Gai 13 l I et P. [—] 'Titio — lego': apud — aliter ⟨legatum⟩ — [, quia —]. — Condicio rell ist fragwürdiges Latein. — Videtur statt videatur. — Falsche Begründung. Richtige Begründung: weil das Legat bedingt und ein bedingtes Legat nur dann wirksam ist, wenn die Bedingung bei Lebzeiten des Legatars eintritt.

(35. 1) 87. 89 Val 1 fid. — [non] ad ea [—] pertinet, quae ⟨eodem modo⟩ saepius sub diversis condicionibus ⟨vel⟩ [—] primo — quodxe pure ⟨per vindicationem⟩ legatum est, cum id ⟨postea eodem modo⟩ [—] sub condicione legatum est, posterius ⟨legatum⟩ valet [—]. quod si pure ⟨per vindicationem⟩ legatum [—] heres sub — dare, ⟨velut: 'Stichum, quem illi per vindicationem legavi, heres meus ei, si illud factum erit, dato': res ita relicta vel statim vindicari vel repudiato per vindicationem legato⟩ [—], cum condicio exstiterit, ab herede peti ⟨poterit, nec si legatarius⟩ [—] ante condicionem rem vindicet, doli exceptio locum ⟨habebit⟩ [—].

(35. 2) 18 Paul 11 quaest ist von Paraphrastenhand und von Trib. verfälscht. — Inducere = 'einführen' ist immer verdächtig: Z 1925 265. — Legem — propter fideicommissa ist ungeschickt formulirt und überflüssig. — Mihi ist seltsam. — Extraneo: nicht auch patre? — Der cornelische Fall ist ganz heterogen. — Id ist Schreibfehler für hic, und hic = hoc casu ist unklassisch (siehe später sv hic). — Indulgeri! — Siquidem ist verdächtig. — Et quartae fructus: was soll das? — Ex fructibus medio tempore habuerit statt ex fructibus medio tempore perceptis habeat. — Inducamus: plur mai. — Fiatque hereditas! — Unleidliches hin und her zwischen indirekter und direkter Rede. — Die Anwendung des falzidischen Rechtes auf den vorliegenden Fall ist nicht im Einklang mit dem Zwecke der lex Falcidia (Gai 2[224 sqq]): der Vater kann das castrense peculium, das ihm iure peculii verbleibt, nicht ausschlagen. — Rekonstruktionsversuch: Filius familias qui militaverat ⟨intestato⟩ decedens patris sui fidei commisit codicillis, ut peculium suum castrense Titio post mortem restitueret: ⟨quaero, an pater⟩ [—] quartam deducere possit. ⟨respondi: quarta deduci non potest. nam cum castrense peculium apud patrem iure peculii remanet, ius pristinum durat et peculium est, quamvis patre herede instituto aditione eius hereditas fiat.⟩ [—]. — Das Stück in testamento eius — heredem facit wird echt und aus einer anderen Stelle genommen sein.

(35. 2) 85 Iul 18 dig. — heres patri ⟨exstitit, filius manente matrimonio dotem in Falcidiae ratione in aere alieno non deducet⟩ [—]. quod si filius [extraneum] — [semper] — ⟨non⟩ deducet, [et] (Mo) coheres eius ⟨deducet, cum⟩ [antequam] —. Zu indotata Levy Ehescheidung 12[5]. Aliter — habere ist unklar.

(36. 1) 17 [4–6] Ulp 4 fid. Si quis heres institutus rogatus fuerit hereditatem [—] duobus restituere [—] et alter ex his velit sibi restitui hereditatem, alter recuset: senatus censuit [—], si suspecta dicatur hereditas, cogendum heredem institutum adire et restituere hereditatem totamque hereditatem ad eum cui restituitur pertinere. ⟨idem dicendum esse Papinianus ait, si quis non totam hereditatem, sed partem eius restituere rogatus sit.⟩ [Sed et] si miles rogaverit ⟨heredem⟩ [quem] — [vel res provinciales] — [actionesque ei dabuntur] — transibunt actiones. ⟨idem erit, si miles bona, quae ei ab aliquo obvenerunt, restitui rogaverit⟩ [—].

Alles Ausgeschiedene ist unerträglich. Viel zu bescheiden B III 54. — Zu suspectam dicat: hereditatem Seiae?! — Zu inquit Z 1925 439 Mitte. — Senatus censuit heißt 'der Senat hat verordnet und es ist jetzt geltendes Recht': ein perfectum praesens, das mit Fug Haupttempora regirt.

(40. 1) 12 Paul 50 ed. — manumitti. ⟨Geschieht die Freilassung durch Testament, so müssen zwischen Sklaventat und Testamentserrichtung zehn Jahre liegen, wenn die Freilassung gültig sein soll⟩ [—]. — In hoc: Sinn? — Tamen: Sinn? — In hoc rell: undeutlich. — Tempus, sed mortis statt sed mortis tempus. — Intuebimur! — Favor libertatis.

(40. 1) 14[1] Paul 16 Plaut. — ex ⟨iure Quiritium⟩ [—]. — Nach meiner Erinnerung sagen die römischen Juristen vorwiegend e (nicht ex)

lege Falcidia, Iulia usw. — Daß ex lege Augusti als ein Ausdruck des Paulus unvorstellbar ist, hat man längst bemerkt: man pflegt an eine Verstümmelung zu glauben: L Pal, Wlassak Z 1907 15[1]. — Mit lex Augusti meint Trib natürlich nicht ein allgemeines Gesetz sondern eine souveräne Einzelverfügung.

(40.1) 21 Pap 13 resp. — qui solvendo ⟨non⟩ est ⟨, si alios creditores non habeat,⟩ — potest ⟨, cum⟩ [—] constante — ⟨non⟩ intellegatur. — Servum — potest ist allzu selbstverständlich. — Ut ist gröblich unsinnig. — Zur Sache vgl Bechmann Dotalrecht II 153 sqq. — Justinians favor dotis ist stärker als sein favor libertatis.

(40. 5) 50 Marcian 7 inst. — [per fideicommissum] — valere ⟨. Andere lehren, die Freilassung sei wirksam, ob nun vor oder nach dem Vermächtnis verfügt⟩ [—]. quae —. Vgl B II 103. Zu putabat B IV 3*. Justinian hat in dem Kampfe zwischen dem favor libertatis und der Suprematie des Erblasserwillens dieser die Palme gegeben.

(41. 1) 59 Call 2 quaest. — ⟨is⟩ [si] —. Die Stelle erhärtet die Lehre von Schulz Einf 73 sqq.

(41. 7) 4 Paul 15 Sab. Dazu Z 1925 228. Beispiel eines quae, das gleichzeitig als Nominativ und als Akkusativ fungirt: Seneca ad Ser de tranquill an 8 habiliora sunt corpora in bello illa, quae in arma sua contrahi possunt, quam quae superfunduntur et undique magnitudo sua volneribus obicit. Freilich ist hier die Härte der unlogischen Regelwidrigkeit so groß, daß man ernstlich fragen darf, ob nicht das schadlos tilgbare superfunduntur et Glossem mit Bindemittel ist. Nicht textkritisch angreifbar sind folgende Texte, die die unlogische Doppelfunktion eines Wortes als Nominativ und als Akkusativ aufweisen: Thukyd 2. 84. 2 *εἴ τ' ἐκπνεύσειεν ἐκ τοῦ κόλπου τὸ πνεῦμα, ὅπερ ἀναμένων τε περιέπλει καὶ εἰώθει γίγνεσθαι ἐπὶ τὴν ἕω, οὐδένα χρόνον ἡσυχάσειν αὐτούς.* 6. 71. 2. *πρὶν ἂν ἱππέας τε μεταπέμψωσιν ἐκ τῶν Ἀθηνῶν καὶ ἐκ τῶν αὐτόθεν ξυμμάχων ἀγείρωσιν — καὶ χρήματα δὲ ἅμα αὐτόθεν τε ξυλλέξωνται καὶ παρ' Ἀθηναίων ἔλθῃ.* Armando Palacio Valdés Santa Rogelia 1926 188 Tal fué la palabrilla que al cabo de sus reflexiones acudió a su cerebro y murmuraron sus labios. 265 denunciado por una chica a quien había deshonrado y descubrió su guarida. Der letzte Fall ist deshalb besonders merkwürdig, weil der Akkusativ a quien und der Nominativ quien nicht formal kongruent sind.

(42. 8) 1[2] Ulp 66 ed. Dazu Z 1926 126. Nam late ista verba patent. Late patere ist kein Ausdruck der klassischen Juristensprache. (43. 24) 7[5] Ulp 71 ed: später unter Die erste Person des Plurals. (50. 16) 2[p] Paul 1 ed. — [, quod latius patet] (törichte Glosse). Eod 181 Pomp 35 Sab (dazu L Pal II 148[4]): sprachlich wie sachlich wunderlich, gänzlich unecht. Unlateinisch ist der Ausdruck nicht: die Byzantiner haben ihn aus Cicero: Cicero off 1, 2, 4; 1, 7, 20 und 24; 1, 8, 26; 1, 16, 51; 1, 26, 92; 2, 15, 54 und sonst. Wer im Cicero liest, findet zahllose Worte und Redewendungen, die ihrer Bedeutung nach sehr gut in juristischen Texten stehen könnten, trotzdem aber von den klassischen Juristen vermieden werden, gewinnt so, wenn er die Rechtsquellen kennt und aufgeschlossenen

Geistes ist, einen starken Eindruck von der Eigenart der mit Fleiß wörterarmen klassischen Juristensprache und wird sich, wenn er Methode besitzt, künftig hüten so zu argumentiren: dies Wort steht bei Cicero, darf also den klassischen Juristen nicht abgesprochen werden. Daß der gute lateinische Ausdruck et ideo, durch itaque oder igitur ersetzbar, von den klassischen Juristen nicht benützt ward, kann heute nicht mehr bestritten werden. Und nach meinen Erfahrungen wage ich die Behauptung, daß quod = quia (von propterea quod, ideo quod und dergl abgesehen) der klassischen Juristensprache wahrscheinlich fremd ist.[1])

(45. 1) 56[6] Iul 52 dig. — ⟨ita⟩ promiserit ⟨: 'quem hominem Titium mihi dare oportet dari',⟩ — ⟨existente condicione fiet novatio⟩ [confestim —]. — Zuletzt zu dieser Stelle Koschaker Festschr Hanausek 1925 124sqq. — Confestim: später shv. Obligetur statt obligabitur. Obligari potest statt obligaretur. Idcirco haec tam varie ist im Bereiche des VIR immer unecht. Obligor in rem? Obligaretur statt obligetur. — Parallelstellen: (45. 1) 29[1] Ulp 46 Sab. Si a fure [—] ita stipulatus — facere ⟨eum⟩ — esse stipulationem [—] Marcellus ait [—]. (46. 2) 14[p] Ulp 7 disp. — [novandi causa] — [et ideo —]. Zu konservativ Z 1925 485. 31[p] Ven 3 stip. Si rem aliquam dari stipulatus [sum,] deinde eandem sub condicione ⟨ita stipuler: 'quam rem mihi dari oportet dari', si⟩ [novandi animo] ab eodem stipuler, ⟨novationi locus non est, quia existente condicione nihil novi erit in posteriore stipulatione (vgl oben zu Gai 3[179]). si ab alio stipuler,⟩ manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit, nisi [si] per ⟨priorem⟩ promissorem steterit, quo minus daret. ⟨nam⟩ [ideoque] — [, priusquam — sit,] — ⟨ab alio⟩ [a te] — [cum — mihi] —. Anders Z 1925 485. (46. 3) 72[1] Marcell 20 dig. — ⟨ex empto⟩ deberes — decessit: ⟨si ita promiseris 'Stichum, quem mihi debes, dari', existente condicione fiet novatio. quod si ita promiseris 'Stichum dari',⟩ [—] novari prior obligatio non potest (aus zwei Gründen: 1. die zweite Stipulation ist keine Novationsstipulation, 2. sie ist nichtig) [—].

C (5. 35) 1 (5. 31) 6 Alex 224. Tutelam administrare virile munus est ⟨. si igitur filius tuus impubes est,⟩ [—] tutores ⟨ei⟩ [—] petere debes — agatur. ⟨si autem pubes est, curatores ei petere non potes⟩ [—], cum —. — Et ultra — officium est: bare Wiederholung in unklassischer Form: vom Rande. — Matris — potest: sentimental und juristisch wertlos. — Quos ist wahrscheinlich Schreibfehler für quod: Lehrt Mutterliebe, wer zum Vormunde taugt? Ist es Sache der Mutter den Vormund auszuwählen? — Petendi filiis — est ist in der Form unklassisch und deshalb unlogisch, weil cum rell einen Hauptsatz heischt, in dem statt des Nichtmüssens das Nichtkönnen figurirt: vom Rande.

C (7. 46) 2 Alex. ⟨Si⟩ [Quamquam] — [tamen] eius rata ⟨non⟩ est, ⟨quamquam quanti ea res est, de qua agitur, tantam pecuniam⟩ [quoniam indemnitatem] —. Vgl B II 106sqq.

---

[1]) In (27. 1) 30[1] Pap 5 resp tilge quod rell. Überflüssig. Videlicet: Seckel. Videlicet ist nur im Munde eines Glossenschreibers sinnreich: 'Papinians Entscheidungsgrund ist offenbar der: —'. Häßliche Wiederholung d Wortes videri.

es

C (7. 49) 1 Antonin 212. ⟨—⟩ [—]. Die Entscheidung ist ein unerhörter legislatorischer Mißgriff. Die Sprache ist durchaus unklassisch. Die Darstellung ist ungewöhnlich stümperhaft. — Constitit: soll das bedeuten 'ich verordne'? — Constitit in quacumque causa ist Unsinn. — Cuicumque ist zu allgemein. Die Variante quaecumque ist sinnlos. — Data fuerit pecunia ohne Angabe des Zweckes der Gabe ist schlimm unvollständig. — Vel — vel statt sive — sive. — Amittat actionem: der Richter, der vom Kläger Geld genommen hat, soll also sagen 'du hast, Kläger, deinen Anspruch verwirkt, ich weise deine Klage ab'. Das wird er gewißlich nicht tun. Also ist die Norm töricht. Zweite Instanz? Die gibt es im Ordinarverfahren nicht. — Actionem: in einer publica oder fiscalis causa? — (3. 6) 1[p] Ulp 10 ed. — ⟨alicui⟩ faceret vel ⟨ne⟩ [non] — intra annum ⟨, cum primum experiundi potestas fuerit,⟩ — simpli ⟨iudicium dabo⟩ [—] (Kr.). 1[a]. Sed et ⟨si iudici pecuniam dedero, ut secundum me in bona causa pronuntiaret, utile ad exemplum huius edicti iudicium dandum est, et ita⟩ constitutio⟨ne⟩ — nostri ⟨cavetur⟩ — Sabinum [— ⟨hoc iudicium⟩ [constitutio] — [sicuti — iudicium] —]. Litem perire iussit: er befahl der Streitsache unterzugehen! Nam rell ist interpolirte Paraphrase. — (12. 5) 2[a] Ulp 26 ed. [Sed] — pronuntiaret, ⟨condictioni locus est: sed et utile calumniae iudicium dandum esse⟩ [—] non ita — constituit [—].

Kiel. Beseler.

[Zur Palingenesie von Inst. 1, 1, 2.] Im Band 31 S. 401 dieser Zeitschrift habe ich die Vermutung ausgesprochen, daß Inst. 1, 1, 2 von *incipientibus* ab die in der Veroneser Handschrift fehlende Vorrede der Institutionen des Gajus darstelle. Diese Annahme läßt sich jedoch nicht halten. Nicht nur ist kein Grund ersichtlich, eine so überzeugende Kundgebung zu unterdrücken; es trifft auch nicht zu, daß innerhalb der Institutionen ein methodischer Anstieg vom Leichteren zum Schwereren wahrnehmbar ist. Wohl geschieht es zuweilen, daß ein schwieriger Begriff, wie die condictio, bei seiner ersten Erwähnung im Lehrbuch nur flüchtig gestreift und an einer späteren Stelle weitläufiger behandelt wird. Diese Fälle sind jedoch viel zu selten, um einen programmatischen Hinweis an der Spitze des ganzen Werks zu verdienen. Aber besaßen denn nicht zu Rom die „dupondii" — die wir uns dem Knabenalter näher zu denken haben als unsere „Füchse" — ein zweites, von derselben Hand herrührendes Buch für juristische Anfänger und könnten nicht unsere Sätze die Vorrede eben dieses anderen Buchs sein? Das sind die durch zahlreiche Auszüge in den Pandekten wohlbekannten „Bücher von alltäglichen Dingen" (libri rerum cottidianarum). Die Bücher von alltäglichen Dingen wollen ohne die Überfülle fremdartiger, gelehrter Einzelheiten, wie sie die Institutionen aufweisen, dem Neuling die Bekanntschaft mit dem Recht einladend gestalten. Daß sie von den Verfertigern der justiniani-

Institutionen in gleicher Weise wie die eigentlichen Institutionen-

werke Gajus' sowohl wie der Späteren ausgezogen und benutzt worden sind, sagt uns Justinian im Einführungsgesetz seiner Institutionen ausdrücklich, denn er nennt diese: ex omnibus antiquorum institutionibus et praecipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam rerum cottidianarum aliisque multis commentariis compositas. (Constitutio 'Imperatoriam' § 6). Zweierlei können wir aus Justinians Darstellung entnehmen. Einmal ergibt sich aus der engen sprachlichen Verknüpfung: ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam rerum cottidianarum, daß beide Werke als ein pädagogisches Ganzes, als ein zusammenhängender, in zwei Teile zerfallender Lehrgang von der Nachwelt aufgefaßt worden war, was sich am natürlichsten erklärt, wenn Gajus selbst sie so gedacht wissen wollte. Sodann zeigt es sich, daß der byzantinische Sprachgebrauch einen Begriff Institutionen im weiteren Sinne, nämlich als Elementarbuch schlechthin, kennt. Von hier aus fällt auf ein anderes Einführungsgesetz, die Constitutio 'Omnem'[1]), neues Licht. Wenn dort in § 1 Gajus' Institutionen scheinbar für zwei Bücher gerechnet werden, so brauchen wir nicht zu der mit anderen Zeugnissen unvereinbaren Annahme zu greifen, daß in Byzanz eine verkürzte Ausgabe des Lehrbuchs wie bei den Westgoten im Gebrauch gewesen sei, sondern es sind eben die res cottidianae und die institutiones gemeint. — Unser Ergebnis ist: Als Gajus den Entschluß faßte, was Quintilian für die Rhetorik getan hatte, der Jurisprudenz zu leisten und den Jüngern des Rechts „Institutionen" zu schreiben, da erschien es dieser liebenswürdigsten Persönlichkeit der klassisch-juristischen Welt als das Richtige, es nicht in einem Zuge zu tun: sie ließ dem eigentlichen Leitfaden ein der künftigen Wissenschaft präludierendes Lesebuch vorausgehen und kündigte im Vorwort die Zusammengehörigkeit und das innere Verhältnis beider Werke dem Leser an. Wohl kamen diese Worte den Kompilatoren angesichts des analogen Verhältnisses der justinianischen Institutionen und Pandekten sehr gelegen. Daß sie aber nicht auf byzantinischem Boden erwachsen sein können, lehrt außer dem Stil die Tatsache, daß sie gar nicht den Reigen eröffneten, sondern erst an zweiter Stelle hinter dem Exzerpt aus Ulpian über das Wesen der Gerechtigkeit und der Rechtswissenschaft eingefügt wurden. Hätten die Kompilatoren den Wunsch gehabt und ausgeführt, von sich aus einige einleitende Worte über ihr Werk zu sagen, so wäre die Reihenfolge die umgekehrte: erst die Vorrede, dann die Exzerpte. — Gleichviel, wie weit Gajus' wissenschaftliche Arbeiten von fremdem Einfluß beherrscht sind, worüber entscheidet, ob Ulpians bizarre Zusammenstellung in D. 30, 32 Ironie und welches der verläßliche Kern des Zeugnisses ist, so verbleibt doch, was die beiden einführenden Schriften anbelangt, unserm Autor der Ruhm einer pädagogisch guten Tat.

Charlottenburg. **Richard Samter.**

---

[1]) Zu diesem aufschlußreichen, aber schwierigen Gesetz Kniep, Gajus S. 23, und die von ihm Genannten.

[Nachtrag zu dem vorjährigen Aufsatz: Emil Seckel.] In Seckels Nachlaß hat sich eine von ihm 1889 fertiggestellte Arbeit mit dem Titel „Katalog der mittelalterlichen Rechtshandschriften der Königlichen Bibliotheken zu Stuttgart" vorgefunden. Ich habe sie selbst nicht gesehen. Nach freundlicher Mitteilung von Herrn Dr. Naetebus, Direktor der Berliner Universitätsbibliothek, handelt es sich um ein rund 300 meist doppelseitig beschriebene Blätter umfassendes Werk, das die Bestände der nunmehrigen Landesbibliothek (77 Hss.) und der Hofbibliothek (108 Hss.) betrifft und sich jetzt in der Württembergischen Landesbibliothek zu Stuttgart als Cod. hist. 4° Nr. 522 befindet. Ein gedruckter Katalog der Stuttgarter Rechtshandschriften fehlt auch heute noch. Deshalb wird der vorstehende Hinweis vielleicht Interessenten von Nutzen sein.

Königsberg i. Pr. Erich Genzmer.

[Die taxatio bei der actio iniuriarum.] Nach coll. II 6 § 1 hat der Prätor ediziert:

Qui autem iniuriarum agit, certum dicat, quid iniuriae factum sit, et taxationem ponat non minorem quam quanti uadimonium fuerit.

Der auf die taxatio bezügliche Teil dieses Edikts gibt ein bisher nicht befriedigend gelöstes Rätsel auf. Welchen vernünftigen Zweck konnte es haben, dem Kläger die Herabsetzung der Taxationssumme unter den Betrag der poena uadimonii deserti zu untersagen? Man würde allenfalls begreifen, wenn ihm verboten worden wäre, sie über jenen Betrag zu erhöhen, und so hat in der Tat Huschke (Gaius 135 f.), dem ich selbst (EP.[2] 384[11]) unbesonnen gefolgt bin, die Vermutung gewagt, daß statt minorem zu lesen sei: maiorem. Allein dieser Weg ist, wie längst bemerkt worden ist, ungangbar, da nach der völlig sicheren Ergänzung von Gai. IV. 186 die Vadimoniumssumme, abgesehen von der actio iudicati und depensi, nicht über den Betrag des halben Streitwertes hinausgehen durfte und dem Kläger doch unmöglich untersagt sein konnte, in die taxatio den vollen Streitwert einzusetzen. Wir müssen also bei der Lesart minorem stehenbleiben. Sehen wir, wie man die Vorschrift zu erklären versucht hat. Mommsen (Strafrecht 803[3]) meint, es habe sich hier in erster Reihe wohl um die cornelische Klage gehandelt, unter dem Gesichtspunkt, daß das in der lex wahrscheinlich vorgesehene Consilium nur für hohe nicht abzumindernde Bußen in Wirksamkeit treten und der Kläger vor die Alternative gestellt werden sollte, entweder eine ernste Strafe zu erwirken oder sachfällig zu werden. Indes, von anderm abgesehen, was sich hiegegen einwenden ließe, es besteht nicht der geringste Anhalt dafür, daß das Edikt sich gerade auf die actio ex lege Cornelia bezog, die den Prätor eigentlich nichts anging; umgekehrt ist anzunehmen, daß, wenn die lex nicht schon selber irgendwelche Maßregeln in der angedeuteten Richtung notwendig erachtet hatte, der Prätor sich gehütet

haben wird, in ihre Bestimmungen abändernd einzugreifen. Karlowa (Rechtsgeschichte II 1333) und Triebs (Studien z. Lex dei I 148) führen aus, der Kläger habe deshalb nicht unter die Vadimoniumssumme heruntergehen dürfen, weil er ja sonst zugegeben hätte, daß er sich von seinem Gegner unehrlicherweise im Vadimonium zuviel habe versprechen lassen und also den nach Gai. l. c. erforderlichen Kalumnieneid falsch geschworen habe. Demgemäß würde der Prätor gegen eine von ihm mißbilligte Unehrlichkeit des Klägers dadurch eingeschritten sein, daß er ihn zwang, in dieser Unehrlichkeit zu verharren! Das eigentliche Problem wird hier gar nicht berührt. Dieses liegt in der Frage: welches Interesse konnte der Injurienkläger haben, seine taxatio niedrig zu halten, derart, daß der Prätor veranlaßt war, mit einer Ediktsklausel hindernd dazwischenzufahren? Diese Frage stellen heißt aber auch schon sie beantworten. Nach Gaius IV 177 war der Injurienkläger im Fall seines Unterliegens einem iudicium contrarium decimae partis ausgesetzt. Dies Zehntel aber wurde sicher von der Taxationssumme berechnet; denn unmöglich kann dem iudex die Aufgabe obgelegen haben, den wirklichen Streitwert einer nach seinem Urteil gar nicht zugefügten Injurie zu berechnen und davon das Zehntel zu nehmen. Taxierte also der Kläger hoch, so lief er ein relativ hohes, taxierte er niedrig, ein relativ geringes Risiko. Nun wird es gewiß oft vorgekommen sein, daß der Kläger die Vadimoniumssumme recht hoch griff, um seinen Gegner einzuschüchtern und so zu einem günstigen Vergleich zu bringen; dabei riskierte er ja nichts. Mißglückte aber diese Spekulation, und ergab sich so die Notwendigkeit, die Injurienformel selbst zu taxieren, dann wird der Kläger um seines eigenen Risikos willen die Hörner einziehen und die taxatio auf das richtige Maß zu reduzieren wünschen. Er mußte gerade bei der actio iniuriarum darauf gefaßt sein, daß ihm im Falle seines Siegs sehr viel weniger werde zugesprochen werden als die übertriebene Taxationssumme; es war daher durchaus kein geringes Risiko, im Falle des Unterliegens ein volles Zehntel davon herauszahlen zu müssen. Einem solchen allerdings unehrlichen Verfahren — darin haben Karlowa und Triebs ganz recht — tritt unsere Ediktsklausel entgegen. Ihr Zweck war m. E., den Kläger zu bestimmen, schon bei seinem Vadimoniumsantrag die künftige Notwendigkeit der taxatio zu berücksichtigen.

Freiburg i. B. O. Lenel.

[Naber zum Brachylogus.] In den zweibändigen 'Melanges de Droit Romain, dédiés à Georges Cornil', die Romanisten aus aller Herren Länder — Deutschland ausgenommen — zu Ehren des Brüssler Gelehrten zusammengetragen haben, begegnet auch ein Beitrag I. C. Nabers (II, Gent 1926, 153—174). Er ist jedoch nicht, wie die Mehrzahl der übrigen, dem antiken Recht gewidmet, sondern dem des Mittelalters. In dieses Gebiet hatte der angesehene Forscher sich schon einmal, 1915, vorgewagt, als er in den Verslagen en Mededе-

lingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen te Amsterdam, Afdeeling Letterkunde, 'Over de Questiones van Pseudo-Irnerius' gehandelt hatte (5. I, S. 121—147). Das Bemerkenswerteste an dieser Arbeit ist die Einleitung, in der es wörtlich heißt, Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter habe zwar unzweifelhaft große Verdienste, sie verdanke aber einen nicht unbeträchtlichen Teil ihres Erfolges dem Umstand, daß Savigny einem Publikum, das von dem Lesen lateinischer Schriften nichts mehr wissen wollte, zuerst den Stoff in einer — Naber wisse nicht welcher — hochdeutschen Mundart vorlegte und überdies, weswegen ihn schon der große Guizot fein zurecht gewiesen habe, geschickt ('kunstig') den Schein zu erwecken wüßte, als wandelte er auf unbetretenen Pfaden. Naber führt dann in der Tat eine Stelle des — auf anderem Gebiete 'großen' — Guizot von 1843 an, wonach die Fortdauer des römischen Rechts im Abendland „nicht so vollständig verkannt worden ist, wie es das Werk des Herrn v. Savigny glauben läßt". Damit sind, mit unglücklicher Hand, gerade die drei reinsten Edelsteine in Savignys Ruhmeskrone angetastet, denn seine Größe als Rechtshistoriker wird ja höchstens übertroffen von der edlen Einfachheit seines klassischen Stils und der vorbildlichen Loyalität in allen literaturhistorischen Dingen. Was die erwähnte Frage anlangt, so sagt er selbst gleich zu Beginn der Erörterung (Geschichte II S VII): „Daß nämlich Römisches Recht das Mittelalter hindurch stets in Uebung geblieben ist, haben Viele eingesehen, ja es ist in neueren Zeiten die herrschende Meynung geworden". Nur eins hat Savigny nicht deutlich genug gemacht; daß allein er es gewesen, der eine leere „Meinung" zu einer fest gegründeten Erkenntnis erhoben hat.

Nabers Vorwurf scheint ernst gemeint, trotz der Wendung von der „hochdeutschen Mundart" (vielleicht einer Antwort auf die in Deutschland häufige Bezeichnung der holländischen Sprache als einer „niederdeutschen Mundart"). Jedenfalls kommt er in seiner neuen mediävistischen Arbeit, die verschiedene Gegenstände des früheren Mittelalters betrifft, aber nach dem letzten Abschnitt 'De Brachylogi auctore coniectura' getauft ist, auf die ältere Arbeit zurück, da er außer den Wänden der heimischen Akademie nicht gehört zu werden pflege (S 163). Er verweist auf ein darin zuerst mitgeteiltes Zitat der als Summa Perusina bekannten barbarischen Codexparaphrase — nicht des Codex selber — in einer Bulle von 1010, das Papst Sergius IV. ausdrücklich als von seinem Vorgänger, dem gelehrten Sylvester II., entdeckt bezeichnet (S. 154 f.). 'Quam si Gallus vel Teuto invenissem', sagt Naber von dieser Mitteilung, 'honori et praemio mihi res cessisset: nunc friget frigebitque'. Im Widerspruch zu dieser Prophezeihung will ich mit meiner heißen Anerkennung des Fundes nicht zurückhalten, vielmehr den von Naber so häufig vorgebrachten und in der Tat nicht unberechtigten (wenn auch sehr harmlos zu erklärenden) Vorwurf allzu geringer Berücksichtigung seiner Schriften, was an mir liegt, entkräften. Ich werde deshalb seine Bemerkungen zum Brachylogus nicht nur erörtern, sondern Satz für Satz glossieren wie einen Gesetzestext. Raum-

mangel verbietet mir, diese Tätigkeit auf den ganzen Beitrag Nabers auszudehnen: es genüge, meine Bewunderung für das ihn in unnachahmlichem Faltenwurf einhüllende klassische Gewand, aber auch mein Bedauern auszudrücken, daß ich kaum einer seiner Vermutungen und Erklärungen zuzustimmen vermag. Es gilt dies namentlich von der wieder vorgeschlagenen Verbannung der großartigen, nur auf der Höhe der Glossatorenwissenschaft denkbaren 'Questiones de iuris subtilitatibus' in die Barbarei des frühmittelalterlichen Roms, wo sie Naber, mit unhaltbarer Begründung, zwischen 998 und 1038 entstehen läßt (S. 166). Ich brauche gegen diese Wiederaufnahme der Theorie Schupfers nichts zu bemerken, nach dem, was andere so vorzüglich dagegen geschrieben haben (F. Patetta, Bull. d. Ist. di Dir. Rom. 8 [1895] § 11—14; H. Fitting, Sav. Z. 17 [1896] 39ff.; K. Neumeyer, Gemeinrechtl. Entwicklung d. internat. Privat- und Strafrechtes seit Bartolus 1 [1901] 37[1], 49[2]; vgl. auch meine Digestenvulgata 1909/10 § 15 Anm. 8—14b). Stattdessen verweise ich hier nur auf Nabers oben mitgeteilten Fund selber, der „tief blicken läßt". Denn hier sieht der Papst sich ja veranlaßt, einen Vorgänger ausdrücklich als Entdecker einer schäbigen Stelle der Codexparaphrase zu benennen, die noch dazu, was Naber übrigens nicht erwähnt, in 'octauo libro institutionum' stehen soll (Italia Sacra ed. Ughelli V[1] (1653) 369). Dann aber kann doch nicht gleichzeitig in demselben Rom ein von souveräner Beherrschung selbst der Pandekten zeugendes Werk entstanden sein! Leider ergibt auch die Hs. London Royal Mss. 11 B. XIV, über die ich demnächst berichten werde, zu der Frage der Entstehungsverhältnisse, soweit ich bisher sehen konnte, nichts Neues, wiewohl sie vollständiger ist als die zwei bisher bekannten.

Ich gebe Nabers Ausführungen, um jeden Verdacht eines Mißverständnisses auszuschließen, auf Deutsch; erst, in Anführungszeichen, den Text, dann, ohne diese, meinen Kommentar. Drei belanglose Anmerkungen habe ich fortgelassen, im übrigen wörtlich übersetzt.

„Der Brachylogus ist sicherlich kein Werk der Glossatorenschule".

Dies ist richtig, wenn man bei 'Glossatorium opus' an die Bologneser Glossatoren denkt, nicht an die französischen, s. unten.

„Zu dieser Meinung bestimmt mich vornehmlich die reichliche Benutzung des Breviars, das von den Glossatoren zwar benutzt wird, aber doch sehr selten."

Richtig.

„Daher scheint mir der Schluß berechtigt: daß er entweder überhaupt nicht in Bologna verfaßt worden ist, oder daselbst vorher, weil er nachher nicht dort verfaßt sein kann; Anm. 3: Vgl. Conrat, Geschichte S. 574."

Conrat sagt an der angeführten Stelle gerade umgekehrt, der Brachylogus biete nahe Beziehungen zur Glossatorenschule, die „sich aus einem Einfluß von Bolognas Lehre und Literatur erklären", und setzt das Werk vermutungsweise in das 2. Viertel des 12. Jh.s, also in nachirnerische Zeit (S. 575[1])!

„Ist es anderswo verfaßt worden, so muß es in Rom oder Ravenna oder Pavia oder irgendwo in Frankreich entstanden sein.“

Kühne Behauptung, die hier nicht geprüft zu werden braucht.

„Aber gegen Pavia spricht, daß nur einmal (IV 4 § 18) ein longobardisches Gesetz angeführt wird“,

Richtig.

„gegen Rom, daß es überhaupt angeführt wird; Anm. 4: Beides hat schon Schupfer erkannt, Manuale (1895) 182, 183.“

Auch dies braucht nicht geprüft zu werden, da eine Rechtsschule Rom nur in der Vorstellung Schupfers, Nabers u. a. besteht, s. meine Digestenvulgata § 15.

„Gegen Frankreich spricht, daß litera Pisana angewendet ist (III 2 § 1)“.

Dieser Schluß ist vollkommen unverständlich. Vielleicht schwebte Naber der von Mommsen, Conrat und mir geführte Nachweis vor, daß alle in Frankreich entstandenen Digestenzitate nicht den Text des Pisanus, sondern bereits den aus diesem entstandenen Vulgattext, die litera Bononiensis, aufweisen (s. Digestenvulgata § 16 Nr. 10 zus. mit § 8 Anm. 6, § 12 Anm. 28; 32—37). Aber der gleiche Nachweis ist ja auch für sämtliche italienische Zitate geführt worden (ebenda § 16)! Oder glaubt Naber, daß die Pisaner für ihren Text ein Exportverbot nach Frankreich erlassen hatten? Gleichviel — auch die dem Schluß zugrunde liegende Behauptung ist falsch, und zwar zwiefach falsch. Allerdings liest die Ed. Böcking III 2 § 1 mit dem Pisanus (Florentinus) ‘placitum consensus’ = Ulp. D. 2, 14, 1, 2, während die Vulgata (s. Mommsen h. l.) ‘pl. et cons.’ hat. So aber lesen auch, wie Böcking im Apparat angibt, eine seiner drei Hss. (R) und die eine verschollene Hs. vertretende Ed. pr. (s). Die sonst noch bekannten Hss. reichen nicht so weit; die bisher wohl unbekannte Hs. Cod. Berol. lat. quart. 191 liest nach freundlicher Auskunft auf Bl. 10r ‘placitus consensus’. Diese Stelle gibt also keine sichere Entscheidung. Wohl aber gewährt diese eine schon von Conrat (551[2]) erwähnte, von Naber übergangene andere Stelle: Brachylogus II 9 § 2 liest in Mod. D. 41, 3, 3 nicht mit der litera Pisana ‘adiectio’, sondern ‘adquisitio’, hängt also offenbar an der litera Bon., die hier ‘acquisitio et (oder: vel) adiectio’ hat (s. Ed. Gebauer h. l., Mommsen versagt). — In Wahrheit ist an der Richtigkeit der herrschenden Meinung, daß der Brachylogus ein Werk der französischen Schule ist, überhaupt nicht zu zweifeln, wenn es auch von Besta neuestens wieder für Italien annektiert worden ist (s. meine Besprechung Z. Sav. 46 [1926] 407 f.).

„Es bleiben also Ravenna und das vorglossatorische Bologna. Wie aber für den Brachylogus ein Verfasser, so wird ein geschriebenes Werk gesucht für Pepo, den Vorläufer der Glossatoren, den einst hochberühmten Rechtsgelehrten. Anm. 5: Die Schicksale des Pepo hat der Vergessenheit entrissen Fitting Z. d. Sav. Stift. (Rom.) XXIII, S. 31—45, der grade dieser einen Abhandlung nichts beigemengt hat, was vor

der strengen Wissenschaft nicht bestehen könnte. Kantorowicz aaO. XXXI, S. 29—34 verfolgt ihn eher als daß er ihn widerlegt."

Ich überlasse dem Urteil des Lesers, ob meine Widerlegung der Pepoforschungen Fittings — m. E. der bedenklichsten Arbeit dieses verdienten Gelehrten — nach Form oder Inhalt beanstandet werden kann (Digestenvulgata § 19 Nr. 8) und ob nicht mein Zweifel berechtigt ist, ob auch nur eines der von Fitting auf Pepo von Bologna bezogenen Zeugnisse wirklich auf diesen Pepo geht.

„Von ihm lehrte der Schwätzer Odofredus, er sei 'nullius nominis' gewesen, von ihm vermeinte Azo 'nullum scriptum exstare'. Nun, Odofredus wird widerlegt durch das Zeugnis eines Zeitgenossen des Pepo, worin die Rede ist von ihm als dem 'claro Bononiensium lumine'. Anm. 6: Sav. Z. aaO. XXIII, S. 34. Abzuschwächen sucht es der Widersacher, Sav. Z. aaO. XXXI, S. 30/1, Anm. 31."

Das „Zeugnis" ist ein sienesisches Gedicht (!) von etwa 1100, das nur in einer prosaischen (!) und interpolierten (!) Inhaltsangabe des 16. (!) Jh. überliefert ist. Der 'obtrectator' hat es aaO., meines Erachtens, wahrscheinlich genug gemacht, daß es sich um einen unbekannten Sienesen namens Pepo handelt, der von dem Interpolator des 16. Jh. mit dem Bolognesen verwechselt worden ist.

„Azo aber selber scheint sich eher zu wundern, warum kein Buch einer solchen Koryphäe erhalten sei."

Aus der Luft gegriffen!

„Daher leugnet Fitting, daß man die Hoffnung aufgeben müsse, daß noch einmal irgend ein Werk desselben ans Licht trete."

Das Hoffen steht natürlich frei.

„Auch ich leugne das, ja ich muß sogar fragen: Könnte nicht dem Brachylogus als Verfasser Pepo, dem Pepo als Werk der Brachylogus zuerteilt werden? Wenn nur ein Anzeichen dafür da wäre, so würde jeder wohl gern die beiden Namen verbinden."

Kein Kundiger wird angesichts der massenhaften Anzeichen, die auf die Entstehung in Frankreich deuten, und angesichts der ausgiebigen Benutzung der Pandekten und des vollständigen Codex einen vorirnerischen Bolognesen für den Verfasser halten. Wo Conrat und Fitting ausnahmsweise übereinstimmen, kann man sich auf sie verlassen!

„Und ein Anzeichen ist da, denn die Pandektenstelle, durch die im Jahre 1076 in dem hochberühmten tuskischen Placitum mit Pepo als Beisitzer der Prozeß entschieden wurde (D. 4, 6, 26, 4), diese selbe Stelle findet sich auch im Brach. II, 11 § 8 angezogen."

Ein schwächeres „Anzeichen" wird man selbst in den 'somnia Fittingiana', wie Mommsen sagte, vergeblich suchen. Denn jener Schöffe Pepo des sienesischen Placitum 1076 ist aller Wahrscheinlichkeit nach gar nicht der Bologneser, sondern der tuskische Klostervogt Pepo von Montamiata (Digestenvulgata § 19 Nr. 8 a. E.).

„Da ich aber nicht glaube, daß es im ganzen 11. Jh. zwei gelehrte Männer gegeben habe, denen der Titel 'quibus ex causis maiores', sei es beim Schreiben, sei es beim Urteilen, so gegenwärtig gewesen sei

so kann ich nicht umhin, zu urteilen, solange nichts Besseres beigebracht wird, daß einstweilen Pepo als Verfasser des Brachylogus zu gelten habe."

Dies Argument wäre doch nur — ich sage nicht annehmbar, aber doch wenigstens diskutabel — wenn die gemeinsame Stelle eine ganz entlegene gewesen wäre. Umgekehrt gehörte aber der Digestentitel 4, 6 zu den in jener Zeit bekanntesten. Schon der nur 98 Stellen enthaltende, gegen Ende des 11. Jh. in Italien entstandene Pandektenauszug der sog. britischen Dekretalensammlung bringt gleich drei Stellen jenes Titels: l. 3, l. 36, l. 42 (verzeichnet bei Conrat, Der Pandekten- und Institutionenauszug der britischen Dekretalensammlung, 1887, S. 9, 11). Damit hätten wir also wirklich die von Naber vergeblich gesuchten „zwei gelehrten Männer" des 11. Jh.: den Verfasser des Placitum und den Urheber der Dekretalensammlung. Aber der Verfasser des Brachylogus selbst gehört dem nächsten Jahrhundert an.

Naber hat sich neuerdings (Mnemosyne Bd. 50) beklagt, daß Entdeckungen holländischer Gelehrter von deutscher Seite mehrfach geplündert worden sind (vgl. dazu Sav. Z. 44, 549 f.). Diese seine Arbeit dürfte nunmehr gegen solches Geschick gefeit sein.

Freiburg i. B. H. Kantorowicz.

[Berichtigungen zu dem von Robert Mayr herausgegebenen Vocabularium Codicis Justiniani, pars prior (latina). Prag 1923.] Das großartige Werk einer Kritik zu unterziehen ist nicht meine Absicht. Aber ich war in der Lage, eine Nachprüfung der Wörter und Belegstellen wenigstens für einige Teile des Vocabulariums vorzunehmen. Ich hatte in den Jahren 1892—1900 aus eigenem Antrieb einen handschriftlichen Index zum Cod. Just. hergestellt, und zwar nur für diejenigen Wörter, die mit den Buchstaben a, b, e (außer et, aber doch ea, ejus usw.), h, m, o beginnen. Von diesem Unternehmen hatte ich der Öffentlichkeit Mitteilung gemacht durch zwei Abhandlungen, welche unter dem Titel: „Bemerkungen über den Sprachgebrauch der Kaiserkonstitutionen im Codex Justinianus" im Archiv für lateinische Lexikographie Bd. 10 und 11 erschienen sind. In der Literatur war manchmal auf meinen Index hingewiesen worden, z. B. von W. Kalb im Jahresbericht über die Fortschritte der klass. Altertumswiss. Bd. 89 (1896, II), S. 292, von R. v. Mayr in der Sav.-Z. Bd. 32 (1911), S. 338 und von Fritz Schulz in seiner Einführung in das Studium der Digesten (1916), S. 59.

Die Vergleichung meiner Sammlung mit dem Vocabularium ergab, daß den Bearbeitern des letzteren, wie es ja bei der Fülle des Stoffs begreiflich ist, Versehen und Druckfehler unterlaufen sind. Da sie nach Zahl und Bedeutung nicht unerheblich sind, halte ich es für meine Pflicht, zum Besten aller Benutzer des zum Gemeingut gewordenen Vocabulariums die unten folgenden Berichtigungen zu veröffentlichen. Zwei davon sind bereits in den Errata, die am Schluß der pars prior des Vocabulariums

aufgeführt sind, vermerkt. Ich habe sie in mein Verzeichnis mit dem Hinweis auf jene Errata aufgenommen, nicht deshalb, weil ich die Fehler selbständig gefunden habe, sondern zur Bequemlichkeit für die Benutzer.

Für die Kennzeichnung der verschiedenen Arten der Berichtigungen habe ich die Errata zur pars posterior als Vorbild genommen, also: Für fehlende Wörter: *insere*; für fehlende Stellen: *adde*; für zu streichende Wörter oder Stellen: *dele*; für Druckfehler in den Wörtern und Zahlen sowie für Ungenauigkeiten in der Interpunktion: *pro — lege*.

Zu den fehlenden Stellen bemerke ich folgendes. Bilden zwei selbständige Wörter eine häufige Wendung (vgl. Sav.-Z. 34, S. 391), so muß der Benutzer des Vocabulariums als Stichwort regelmäßig das erste Wort der Wendung nehmen. Zwar findet er eine Anzahl Belege auch unter dem zweiten Wort der Verbindung, aber eben nicht alle. Beispielsweise sind für sin autem, nihilo minus, non modo und si modo die führenden Wörter sin, nihil, non und si. Denn für sin autem stehen die Belege vollständig unter dem Stichwort sin, aber einige kommen auch unter autem vor (6, 23, 29, 1; 7, 15, 3, 1; 9, 6, 6, 2; 9, 42, 3, 1; 9, 49, 10, 2). Derartige vereinzelte Wiederholungen unter dem zweiten Wort der Verbindung sind unschädlich, wenn der Leser beachtet, daß am Schlusse des Artikels autem ausdrücklich auf sin autem verwiesen wird. Ferner ist nihilo minus zugleich unter nihil (Unterabteilung: nihilo minus) und unter minor (minus) zu finden, aber unter minus vermißt man drei Stellen (10, 32, 7; 10, 32, 56; 10, 48, 11, 1); leider ist eine Verweisung von minus auf nihilo minus unterblieben. Zwiefach ist auch non modo vertreten, jedoch fehlt unter modo 6, 7, 3. Ähnlich verhält es sich mit si modo, nur daß modo zehn Stellen zu wenig hat. Beidemale wird der Gefahr, daß der Benutzer das unrichtige Stichwort modo wählt, dadurch begegnet, daß am Schlusse von modo der Hinweis auf non modo und si modo folgt. Ich habe es überall unterlassen, die beim zweiten Stichwort im Vocabularium fehlenden Stellen in meinem Verzeichnis nachzutragen; meine obige Feststellung, daß maßgebend das erste Wort einer Verbindung ist, genügt wohl.

Von Druckfehlern in den Interpunktionen habe ich bei weitem nicht alle berücksichtigt; nur solche sind verbessert, welche nach meiner Ansicht den Benutzer stutzig oder irre machen können. Folgende falsche Interpunktionen z. B. wird der Betrachter selbst mit Leichtigkeit berichtigen:

apparitoribus 12, 58, 12, 59 für 12, 58; 12, 59;
autem 6, 56, 7, 2 6, 57, 2, 1 für 6, 56, 7, 2; 6, 57, 2, 1;
bonorum (unter dem Substantiv bona) 10, 35 2 2 für 10, 35, 2, 2.

Dagegen ist z. B. der Druckfehler unter eis 7, 44, 2; 1, 7. 54. 2 für 7, 44, 2, 1; 7, 54, 2 m. E. so störend, daß ich ihn in mein Verzeichnis aufnehmen mußte.

Schließlich halte ich es für nötig, an die von R. v. Mayr in der Praefatio zum Vocabularium und besonders in der Sav.-Z. 34, S. 390 gemachten Mitteilungen über die Anlage des Werkes zu erinnern. Da ich an dessen Einrichtung gebunden bin, muß ich hier noch einige wichtige

Einzelheiten hervorheben. Adverbien stehen, von gewissen Ausnahmen abgesehen, unter dem Adjektiv, ohne daß in der alphabetischen Reihenfolge des Vocabulariums von der Adverbialform auf das Adjektiv verwiesen wird; so hat alio (adv.) nur unter alius, Unterabteilung alio (Adjektiv und Adverb untermischt) seinen Platz. Lauten zwei Formen desselben Wortes gleich, so sind alle Belegstellen für beide Formen ununterschieden unter der nach der Flexion vorangehenden Wortform vereinigt; z. B. ist boni (Genitivus sing. und Nominativus plur.) nur unter der Genitivform zu suchen. Dasselbe gilt für die Verba; demnach ist auditis und mandatis als Partizip unter die Präsensform gebracht, obgleich letztere beidemal im Cod. Just. fehlt. Durchgeführt indes ist diese Ordnung nicht überall. Denn die allein vorkommende Partizipialform aestimatis ist an beiden Orten mit verschiedenen Belegen verzeichnet. Andrerseits ist memoratis allein beim Partizip genannt, obgleich auch das Präsens einmal (10, 40, 4) vorhanden ist; siehe noch z. B. condemnatis, datis und decoratis. Diese beiden Unebenheiten mußte ich unter den nun folgenden Berichtigungen buchen.

Nomina propria.

I. Homines.

Aemilia 11, 48, 2 *dele*.
Ampliatus *pro* 6, 42 *lege* 6, 42, 19.
Oron 11, 13, 1 *dele*.

II. Loca.

Aemilia 11, 48, 2 *insere*.
Occidentalis *insere*;
occidentalibus 1, 9, 17 *insere*.
Orientalis (adj.) 1, 1, 8, 9; 1, 17, 2, 9; 1, 17, 2, 24 *adde*.
Orontes 11, 13, 1 *insere*.

Voces latinae.

a *pro* 3, 4, 2 *lege* 3, 4, 1, 2;
4, 1, 12, 2 *adde* [2];
pro 4, 14; 6 *lege* 4, 14, 6;
6, 58, 13, 1 *adde* [2];
pro 8, 28, 2 *lege* 8, 28, 2, 1.
ab 7, 45, 9 *adde*;
pro 12, 2, 12, 3, 5 *lege* 12, 3; 12, 3, 5;
12, 35, 15 *dele*;
12, 37, 16, 5 *adde*.
abs *praeter* 7, 43, 8 *omnes locos dele*; (*vide infra* absque).
absolvere
absolutissimi *pro* 4, 17, 3 *lege* 4, 17, 1.
absque *insere cum locis perperam sub* abs *positis*; (*vide supra* abs).
abstinere *pro* 6, 23, 2, 1 *lege* 9, 23, 2, 1.
absurdus
absurdum 12, 20, 6, 1 *dele*.

ac

ante vocales et litteram h

7, 62, 6 *adde*;

10, 22, 2 *adde*;

10, 26, 1, 2 *adde*;

ante consonantes

pro 2, 44, 1; 22,, 53, 5 *lege* 2, 44, 2, 1; 2, 53, 5;

7, 62, 6 *dele*;

pro 9, 51, 13, 1 *lege* 9, 51, 13;

10, 22, 2 *dele*;

10, 26, 1, 2 [2] *dele* [2];

ac ne *pro* 11, 78, 2 *lege* 11, 78, 2, 1;

ac si *pro* 8, 47, 2 *lege* 8, 47, 2, 1.

accipere

accipiens *pro* 4, 29, 23, 5, 53, 1 *lege* 4, 29, 23; 5, 53, 1.

accire

acciendus *pro* 9, 3, 2 *lege* 9, 3, 2, 1.

accusatio

accusationis *pro* 9, 9, 23 *lege* 9, 9, 23, 1;

accusationem 10, 1, 10 *corrige*.

accusator

accusatori *pro* 9, 22, 22 *lege* 9, 22, 22, 1.

acta 4, 22, 2 *dele*;

12, 3, 4 *dele*; (*vide infra* agere);

actis 7, 61, 3 *adde*;

actorum confectio *pro* 1, 55, 9 *lege* 1, 55, 9, 1.

actio *pro* 4, 59, 1 (*ante* 4, 49, 3) *lege* 4, 49, 1;

pro 5, 52, 1 (*ante* 4, 54, 2) *lege* 4, 52, 1;

pro 4, 12, 1, 2 [4] (*ante* 5, 12, 12) *lege* 5, 12, 1, 2 [4].

pro 5, 13, 1, 4e *lege* 5, 13, 1, 5e;

pro 5, 13, 5, 8 (*ante* 5, 13, 1, 9) *lege* 5, 13, 1, 8;

pro 5, 53, 1, 12 (*ante* 5, 13, 1, 14) *lege* 5, 13, 1, 12;

pro 5, 11, 2; [3] (*ante* 5, 37, 8) *lege* 5, 21, 2 [3];

pro 5, 21, 10 (*ante* 5, 51, 12) *lege* 5, 51, 10;

actionem 4, 5, 2 *dele*;

pro 9, 29, 2 *lege* 9, 20, 2;

9, 33, 1 *adde*;

9, 33, 2 *adde*;

11, 30, 2 *adde*;

11, 31, 2 *adde*;

11, 33, 2, 1a *adde*;

11, 62, 14 *adde*;

12, 29, 3, 3a *adde*;

actio directa *pro* 7, 35, 5 *lege* 7, 35, 6;

actionem dirigere: vide "actio directa" *insere*;

actionem proponere 9, 20, 2 *adde*.

actus
actum 11, 37 *adde*.
ad *pro* 1, 3, 20 [2] *lege* 1, 3, 20 [3];
pro 4, 40, 4 (*ante* 1, 40, 5) *lege* 1, 40, 4;
2, 7, 26, 1 *dele*;
5, 9, 6, 9 *adde* [2];
7, 16, 42 *adde*;
pro 7, 17, 1 [3] *lege* 7, 17, 1 [8];
pro 7, 39; 8 *lege* 7, 39, 8;
pro 8, 34; 3 *lege* 8, 34, 3;
pro 9, 16, 7; 9, 16 *lege* 9, 16; 9, 16, 7;
9, 40, 1, 1 *adde*;
pro 10, 48, 7, 3 (*ante* 10, 48, 9) *lege* 10, 48, 8, 3;
10, 65, 2 *alterum locum dele*;
11, 42, 1, 1 *adde*;
11, 48, 7, 2 *adde* [2];
11, 70, 5, 2 [2] *dele* [2];
12, 33, 6 [2] *alterum locum dele*;
pro 12, 54; 1 *lege* 12, 54, 1.
addere
addendum *pro* 3, 28; 32 *lege* 3, 28, 32.
adhuc 2, 7, 26, 1 *adde*.
adire 6, 30, 18, 2 *adde*.
administrare *pro* 5, 98,, 1 *lege* 5, 9, 8, 1.
admodum 3, 28, 37, 1g *dele*.
adolescere: *In fine post* adultus *adde* adulescens.
adoptivus
adoptivum 8, 47, 10, 2 *pone post* 8, 47, 10, 1f.
adrogantia 9, 5, 1 *insere*.
adrogare
adrogantia 9, 5, 1 *dele*.
adsertio
adsertiones *pro* 7, 62, 37, 4 *lege* 7, 62, 37, 5.
adseverare
adseveras *pro* 5, 68, 2 *lege* 5, 63, 2; (notatum jam a Gradenwitz, Sav.-Z. 44, 573).
aer *insere*;
aeris 8, 10, 11 *insere*.
aes
aeris 8, 10, 11 *dele*.
aestimare
aestimatis (*ante* aestimant) 4, 61, 13 *adde*;
aestimatis (*ante* aestimatas) *dele*.
agere
acta 4, 22, 2 *adde*;
12, 3, 4 *adde*;

actum 10, 13, 1 *adde*;
actis 7, 61, 3 *dele*.

album
album curiae 10, 32, 45 *insere*;
album decurionum 10, 32, 9 *adde*.

aliquis
aliqua *pro* 7, 46i 3 *lege* 7, 46, 3.

alius
aliis *pro* 9, 13, 3a *lege* 9, 13, 1, 3a.

an *pro* 4, 36, 2 *lege* 4, 36, 1, 2.

ante (praep.) *pro* 5, 5, 9, 6 (*ante* 5, 9, 6, 2) *lege* 5, 9, 6; (cf. Errata);
10, 40, 1 *dele*;
10, 72, 12 *dele*.

antiquitas *pro* 1, 17, 1, 17 *lege* 1, 17, 1, 7.

apertura *pone ante* apertus.

apud 3, 33, 15 *adde* [2];
pro 7, 62, 37, 4 *lege* 7, 62, 37, 5;
pro 8, 53, 30, 1 [3] *lege* 8, 53, 30, 1 [4].

arbiter
arbitro 6, 20, 8 *adde*;
arbitrum 8, 27, 5 *adde*.

arbitrium 8, 27, 5 *dele*;
arbitrio 6, 20, 8 *dele*.

atque *pro* 9, 1, 20 [2] *lege* 9, 1, 20 [3].

attestatio
attestatione 7, 72, 10, 2 *adde*.

audire
auditum *dele*.

auditus (subst.) 6, 22, 10, 4 *insere*.

aut *pro* 5, 4, 5, 2 [2] (*ante* 5, 5, 6, 2) *lege* 5, 5, 4, 2 [2];
pro 9, 18, 7 [3] *lege* 9, 18, 7 [5];
pro 19, 19, 8 (*ante* 10, 22, 3) *lege* 10, 19, 8.

autem *pro* De novo 1 *lege* De novo;
6, 23, 29, 6 *adde*;
12, 49, 10, 2 *adde*;
pro 12, 59, 59, 10, 1 *lege* 12, 59, 10, 1.

auxilium *pro* 2, 31, 2, 2; 32, 2 *lege* 2, 31, 2; 2, 32, 2.

beneficium
beneficio *pro* 12, 46, 2 *lege* 12, 46, 4.

brephotrophium
brephotrophis *dele*.

brephotrophus *insere*;
brephotrophis 1, 3 *insere*.

breve (subst.) *insere*: *vide* brevis (adj.).

brevis (subst.) *insere*: *vide* brevis (adj.).

brevis *adde* (adj.).

e f f e c t u s
effectum 7, 8, 2 *dele*;
11, 40, 1, 2 *dele*.
e f f i c e r e
effectum 7, 8, 2 *adde*;
11, 40, 1, 2 *adde*.
e n i m 4, 64, 1 *adde*.
e s s e *pro* 4, 35, 22, 3 (*ante* 4, 37, 2) *lege* 4, 35, 23, 3;
pro 10, 22, 4 *lege* 10, 22, 1, 4.
est *pro* 5, 59, 2, 2 (*ante* 5, 60, 1) *lege* 5, 59, 5, 2;
6, 59, 11 *adde* [2];
7, 45, 6 *dele*;
8, 17, 12, 2 *adde*;
8, 17, 12, 7 *adde*;
9, 22, 16 *adde*;
11, 48, 8 *adde*.
e t i a m 4, 32, 26, 5 *adde* [2];
10, 44, 4, 2 *dele*;
vide „etiam" *in fine adde* „verum etiam".
e t s i *pro* 4, 23, 1 (*ante* 4, 47, 3) *lege* 4, 38, 1; (cf. Errata).
e x *pro* 3, 1, 1, 9 [3] (*ante* 3, 1, 13, 11) *lege* 3, 1, 13, 9 [3];
4, 65, 17 *adde* [2];
pro 5, 14, 9 [2] *lege* 5, 14, 9 [3];
5, 14, 11, 2 *adde* [2];
5, 27, 5, 1 *adde* [2];
pro 9, 3, 2 *lege* 9, 3, 2, 1;
9, 49, 10 *adde*;
12, 37, 16, 6 *adde* [3].
e x c e d e r e
pro excedenti *lege* excedendi.
e x c ĭ d e r e *insere*;
exciderit 7, 63, 2, 1 *insere*;
7, 63, 2, 2 *insere*.
e x c ī d e r e
exciderit *cum locis dele*.
e x c i p e r e
exceperant 4, 55, 1, 1 *insere*.
e x c i t a r e
excitabit *pro* 12, 50, 6 *lege* 12, 50, 6, 1.
e x c l u d e r e
exclusis *pro* 1, 51, 1 *lege* 2, 51, 1.
e x c u s a t i o
excusationibus *pro* 5, 26, 20 (*ante* 10, 48) *lege* 5, 62, 20.
e x i l i u m
exilii 9, 47, 24 *adde*.
e x s e c u t i o *pro* 1, 46,; *lege* 1, 46, 1.

exsolvere
pro exsolventis *lege* exsolvendis.

habere
habeat 12, 36, 2 *adde*;
habebit 5, 12, 1, 2 *alterum locum dele*.

hereditas
hereditatem *pro* 9, 21, 9 (*ante* 6, 21, 14) *lege* 6, 21, 9.

hic (pron.) 2, 7, 26, 6 *dele*;
6, 51, 1, 7 *dele*;
hac *pro* 6, 43, 6, 3, 1a *lege* 6, 43, 3, 1a;
harum *pro* 5, 62, 2, 1 *lege* 5, 62, 21;
his *pro* 5, 52, 5 (*ante* 2, 53, 5) *lege* 2, 52, 5;
pro 12, 49, 12 *lege* 12, 49, 12, 1.

hic (adv.) 2, 7, 26, 6 *adde* (= in regia urbe in Bas. 8, 1, 34);
6, 51, 1, 7 *adde* (= in hunc casum in § 4).

hodie *pro hac voce lege* hodieque.

homo
hominis *pro* 5, 50, 2, 9 *lege* 5, 50, 2, 2;
pro 7, 12, 7, 3 *lege* 7, 19, 7, 3.

huc 2, 7, 26, 1 *dele*.

is
ea 9, 50, 1, 1 *dele*;
pro 12, 29, 1 12, 29, 3, 5 *lege* 12, 29, 1; 12, 29, 3, 5.
eius *pro* 5, 27, 12, 3 *lege* 5, 27, 12, 5;
9, 51, 3, 1 *adde* [2];
pro 11, 51, 2 *lege* 11, 55, 2;
eum 3, 33, 15 *adde* [2];
5, 42, 2 *adde*;
eam 6, 60, 1, 2 *adde*;
pro 8, 2,, 2 (*ante* 8, 25, 4) *lege* 8, 25, 2;
eis 4, 49 *dele*;
pro 7, 44, 2; 1, 7, 54, 2 *lege* 7, 44, 2, 1; 7, 54, 2.

magister
magistrum *pro* 1, 17, 2, 9 [3] *lege* 1, 17, 2, 9 [4].

manceps
mancipum 11, 16, 1 *adde*.

mancipium 11, 16, 1 *dele*.

mandare
mandamus *pro* 10, 53, 11, 1 *lege* 10, 53, 11, 2.
mandatis 7, 11, 2 *dele*;
10, 12, 2, 2 *dele*;
10 28, 1, 2 *dele*;
12, 25, 4, 1 *dele*;
mandasti *pro* 4, 36, 1 *lege* 4, 36, 1, 1.

mandatum
mandatis 7, 11, 2 *adde*;
10, 12, 2, 2 *adde*;
10, 28, 1, 2 *adde*;
12, 25, 4, 1 *adde*.

manes *insere*;
manibus 9, 18, 6 *insere*.

manus
manibus 9, 18, 6 *dele*.

mater 5, 6, 3, 1a *dele*.
matrimonium *pro* 9, 9, 23 *lege* 9, 9, 23, 1.
mederi *pro* 5, 13, 1, 5b *lege* 5, 13, 1, 5a.
memorare
memoratis (*ante* memoratos) *pone cum omnibus locis post* memorare.

merere
mereri *pro* 5a, 8, 1 *lege* 5, 8, 1.

militare 12, 46, 4 *dele*.
militaris
militare 12, 46, 4 *adde*.
minor
minores *pro* 2, 52, 1 *lege* 2, 52, 4.

miscere
mixta *pro* 6, 21, 27, 3a *lege* 6, 23, 21, 3a.

modo (adv.) 6, 31, 1 *dele*;
12, 50, 4, 1 *adde*.
modus
modo 5, 4, 23, 7 *dele*;
5, 5, 1 *dele*;
5, 13, 1, 16d *dele*;
5, 16, 3 *dele*;
5, 37, 12 *dele*;
5, 55, 1 *dele*;
6, 7, 3 *dele*;
12, 40, 8 *dele*;
12, 50, 4, 1 *dele*;
modum 4, 32, 27 *adde* [2].

mora
moris 9, 44, 2, 1 *insere*.
mos
moris 9, 44, 2, 1 *dele*.

munificentia *pro* 6, 60, 2 *lege* 6, 61, 2.
obiectio *pone post* obicere.
obligare
obligata *pro* 8, 53, 15 *lege* 8, 53, 15, 1.

obreptio *pone post* obrepticius.



obtinere

obtineat 7, 57, 4 *adde*;

obtineant 7, 57, 4 *dele*.

occidentalis *dele*; (vide supra Nomina propria II: Loca).

offerre

pro offeres *lege* offerres.

omnis

omnia *pro* 6, 22, 3 (*ante* 6, 22, 10, 4) *lege* 6, 22, 10, 3;

omnibus 7, 31, 1, 3 (*ante* 7, 31, 1, 3 [2]) *dele*.

orientalis *dele cum omnibus locis*; (vide supra Nomina propria II: Loca).

-que 2, 28, 1 *dele*;

8, 27, 8 [2] *dele* [2].

sin

sin autem *pro* 4, 63, 3, 3 (*ante* 4, 66, 3, 5) *lege* 4, 66, 3, 3.

verum

verum etiam 12, 22, 3 *adde*.

Münster i. W. Hugo Krüger.

Literatur.

Wilhelm Rechnitz, Studien zu Salvius Julianus. 105 S. 8°. Weimar, Hermann Böhlaus Nachfolger. 1925.

Von Zeit zu Zeit wird immer wieder ein Forscher sich um irgendein vielbehandeltes, aber noch nicht genügend geklärtes Problem in der Weise bemühen, daß er auf dem Wege einer scheinbar abseits liegenden Methode den oft befragten Gegenständen sich nähert, um so vielleicht zu schärferen Mitteln der Analyse, zu neuen Kriterien für Herkunft und Wesen des einzelnen zu gelangen. Ohne diesen Mut des Wagens und Ausprobierens gäbe es auf vielen Gebieten der Wissenschaft gar keinen ernsthaften Fortschritt. Der Ausgangspunkt und das Anfangsstadium derartiger Experimente sind bei fast allen Suchenden sehr ähnlich; erst im weiteren Verlauf trennt sich der geschulte Arbeiter von dem Phantasten oder dem Gaukler. Der echte Forscher bleibt sich der Vieldeutigkeit der Dinge und der Grenzen des Feststellbaren bewußt; was er gefunden zu haben glaubt, das unterwirft er immer aufs neue einer mitleidlosen Folter, wo dann die erste Eingebung nur selten standhält. Auch den Vorsichtigsten verführt wohl einmal ein farbiger Traum, aber mit dem Willen zur Nüchternheit zwingt er sich alsbald in den Bereich strengen Folgerns zurück und verbrennt still die in den Stunden des Rausches beschriebenen Zettelhaufen. Der Dilettant aber und jeder, dem es an Selbstzucht gebricht, wird die Gebilde, die aus Wunsch und Wahn ihm aufgestiegen sind, als schimmernde Seifenblasen über die Köpfe der erstaunten Mitwelt fliegen lassen.

Damit auch der Nichtphilologe eine klare Vorstellung von der Methode des hier zu besprechenden Büchleins gewinnt, wird es gut sein ein paar triviale Feststellungen über den antiken Klauselrhythmus voranzuschicken. Dabei beschränken wir uns um der Verständlichkeit willen auf die allergröbsten Umrisse; es kann ja nicht die Aufgabe einer solchen Anzeige sein in ein umfangreiches Gebiet philologischer Forschung einzuführen. Wer gründliche Belehrung sucht, der wird selbstverständlich von Eduard Nordens mit Recht berühmtem Werke über die antike Kunstprosa ausgehen; weitere Literatur bis zur jüngsten Zeit findet er z. B. im zweiten Teil eines Aufsatzes von A. W. De Groot, La prose métrique latine (Revue des Études Latines IV 1926, S. 36ff.).

Sobald in der griechischen Kunstprosa sich das Bestreben durchgesetzt hatte Satzabschnitte, Sätze und Perioden harmonisch zu gliedern, empfand man das Bedürfnis, die Schlüsse der 'Kola' (diese *membra orationis* sind die kleinen oder größeren syntaktischen Einheiten, aus denen

sich dem Sprechenden der Satz aufbaut oder in die er ihn zerlegt) und namentlich der Perioden, also die Stellen, an denen die Stimme innehält, durch sinnfällige Rhythmen zu markieren: *δεῖ . . . δήλην εἶναι τὴν τελευτήν, μὴ διὰ τὸν γραφέα, μηδὲ διὰ τὴν παραγραφήν, ἀλλὰ διὰ τὸν ῥυθμόν* (Aristoteles rhet. III 8)[1]; *efficiendum est . . . nobis, ne fluat oratio, ne vagetur, ne insistat interius, ne excurrat longius, ut membris distinguatur, ut conversiones habeat absolutas* (Cicero de orat. III 190). Die römische Beredsamkeit übernahm mit anderen Errungenschaften der griechischen Techne bald auch die Vorliebe für den nach rhythmischen Rücksichten sorgfältig gestalteten Kolen- und Satzschluß; dem größten Meister der Gattung ist ein danach gerichteter Bau von frühester Zeit an selbstverständlich, hing doch daran ein gut Teil der Wirkung auf das Publikum: *Quid dico meas? contiones saepe exclamare vidi, cum apte verba cecidissent; id enim exspectant aures. ut verbis colligetur sententia* (Cic. orator 168). Trotz den Zeugnissen der antiken Theoretiker war die Kenntnis der Praxis des Klauselrhythmus lange Zeit fast ganz verschüttet und mußte erst durch Forschungen der letzten vier Jahrzehnte zurückgewonnen werden. Heute besteht wenigstens über die Hauptsachen Klarheit; an verwirrenden Hypothesen fehlt es natürlich auch auf diesem Gebiete nicht.

Zum konstitutiven Element des Klauselrhythmus machten nach der Weise der Griechen auch die Römer lediglich den Wechsel langer und kurzer Silben, nicht ihren von dem griechischen recht verschiedenen Wortakzent, auf den sie allerdings nebenher in sehr feiner Weise Rücksicht nahmen. Die drei Hauptformen ciceronischer Klauseln sind folgende[2]:

I – ⏑ – ⏓
⏖ ⏑ – ⏓

II – ⏑ – – ⏓
⏖ ⏑ – – ⏓
– ⏑ ⏖ – ⏓
– ⏑ – ⏖ ⏓

III – ⏑ – – ⏑ ⏓
– – – – ⏑ ⏓
⏖ ⏑ – – ⏑ ⏓
⏖ – – – ⏑ ⏓
– ⏑ ⏖ – ⏑ ⏓

Hinzu tritt als vierte, etwas seltenere Form – ⏑ – ⏑ ⏓. Von anderen Variationen können wir hier, wo es nur auf ein Verständnis der Grundzüge

---

[1]) Die meisten antiken Zeugnisse über den Klauselrhythmus findet man bequem beisammen in dem kleinen Bändchen von A. C. Clark, Fontes prosae numerosae, Oxford 1910, wo aber Cic. de orat. nicht berücksichtigt ist.

[2]) Die sorgfältige Monographie J. Wolffs, De clausulis Ciceronianis, Fleckeisens Jahrb. f. Philol. Suppl. Bd. 26, 1901, S. 581 ff., soll doch auch hier als zur Einführung geeignet genannt sein. — Die obige Anordnung ist rein schematisch, will also kein Bild von der Häufigkeit der einzelnen Formen geben.

ankommt, absehen. Um diese nüchternen Schemata zu beleben und zugleich eine Vorstellung zu ermöglichen von der Einfachheit und Regelmäßigkeit dieser Formung, die sich auf alle Kola einer in hohem Stil gehaltenen Redepartie erstreckt, lasse ich nun das Prooemium der Rede de imperio Cn. Pompei folgen.

Quamquam mihi semper frequens conspectus vester multo iucundissimus (– – – – ⌣ ⌣ III), hic autem locus ad agendum amplissimus (⏑⏑ – – – ⌣ ⌣ III)[1]), ad dicendum ornatissimus est visus, Quirites (– ⌣ – – I), tamen hoc aditu laudis qui semper optimo cuique maxime patuit (– ⌣ – ⏑⏑ ⌣ II) non mea me voluntas adhuc (– ⌣ – – ⌣ – III), sed vitae meae rationes ab ineunte aetate susceptae prohibuerunt (⏑⏑ ⌣ – – I). Nam cum antea nondum huius auctoritatem loci attingere auderem (– ⌣ – – ⌣ II) statueremque nihil huc nisi perfectum ingenio, elaboratum industria adferri oportere (– ⌣ – – ⌣ II), omne meum tempus amicorum temporibus transmittendum putavi (– ⌣ – – I). Ita neque hic locus vacuus fuit umquam ab eis qui vestram causam defenderent (– – – – ⌣ – III) et meus labor in privatorum periculis caste integreque versatus (– ⌣ – – ⌣ II) ex vestro iudicio fructum est amplissimum consecutus (– ⌣ – ⌣ I). Nam cum propter dilationem comitiorum ter praetor primus centuriis cunctis renuntiatus sum (– ⌣ – – ⌣ II), facile intellexi, Quirites (– ⌣ – – I), et quid de me iudicaretis (– ⌣ – – ⌣ II)[2]) et quid aliis praescriberetis (– ⌣ – ⌣ I). Nunc cum et auctoritatis in me tantum sit quantum vos honoribus mandandis esse voluistis (– ⌣ ⏑⏑ – ⌣ II), et ad agendum facultatis tantum quantum homini vigilanti ex forensi usu prope cotidiana dicendi exercitatio potuit adferre (⏑⏑ ⌣ – – ⌣ II), certe et, si quid auctoritatis in me est (– ⌣ – – I), apud eos utar qui eam mihi dederunt (⏑⏑ ⌣ – – I) et, si quid in dicendo consequi possum (– ⌣ – – ⌣ II), eis ostendam potissimum[3]) qui ei quoque rei fructum suo iudicio tribuendum esse duxerunt (– ⌣ – – – II). Atque illud in primis laetandum iure esse video (– ⌣ ⏑⏑ – I), quod in hac insolita mihi ex hoc loco ratione dicendi (– ⌣ – – – II) causa talis oblata est (– ⌣ – – – II), in qua oratio deesse nemini possit (– ⌣ – – ⌣ II). Dicendum est enim de Cn. Pompei singulari eximiaque virtute (– ⌣ – – ⌣ II); huius autem

---

[1]) Rechnitzens Behauptung S. 17 A. 1, die Frage, ob bei Cicero innerhalb der Klausel Synalöphe anzunehmen wäre, sei noch nicht geklärt, trifft ebensowenig zu wie das was er hierüber S. 90 sagt. Es muß befremden, daß S. 90 Norden, Kunstprosa 932 ff. zitiert wird, ohne daß Nordens spätere Korrektur (Nachträge zu S. 909 ff.) auch nur erwähnt würde. Gemäß dem heutigen Stande der Forschung rechne ich überall mit der Synalöphe, danach ist oben *agend(um) amplissimus* zu messen, wobei man die rohe Symbolisierung als Notbehelf in Kauf nehmen möge; in Wahrheit wurde ja der auslautende (oder vor *-m* stehende) Vokal irgendwie mitgehört wie im Italienischen: mi ritrovai per una selva‿oscura.

[2]) Daß Cicero solche aus einem fünfsilbigen Worte gebildeten Klauseln zuließ, warf man ihm späterhin vor (Quintil. inst. 9, 4, 64).

[3]) An sich könnte man hier die Klausel – ⌣ – ⌣ ⌣ (IV) ansetzen, aber ich zweifle aus syntaktischen Gründen, ob hier ein Einschnitt vorhanden ist.

orationis difficilius est exitum quam principium invenire (– ◡ – ◡ I). Ita mihi non tam copia quam modus in dicendo quaerendus est (– – – – ◡ – III)[1]).

Das Gegenbild kann ein Prosawerk aus der gleichen Generation bieten, dem jede Rücksicht auf den Klauselrhythmus fern liegt, Caesars Bellum Gallicum. Von den sechs Perioden der Paragraphen 1—4 des ersten Kapitels (die Echtheit der folgenden drei Paragraphen ist bestritten) zeigt nur die zweite (*inter se differunt*) eine der Formen, die wir bei Cicero in ständiger Wiederkehr angetroffen haben, auch die Kolenschlüsse weichen hier wie überhaupt in diesen Commentarii völlig ab und fügen sich oft keiner der für den antiken Klauselrhythmus (nicht nur den Ciceros) zulässigen Messungen. Selbstverständlich begegnen dazwischen Schlüsse, die auch für den strengsten Bau legitim wären: *incolunt Belgae* – ◡ – – –, *vir]tute praecedunt* – ◡ – – –, *continentur* – ◡ – ◡, *Hel]vetiis dividit* – ◡ – – ◡◡ usw. Das Vorhandensein solcher 'Klauseln' folgt mit Notwendigkeit aus der Natur der lateinischen Sprache; wir kommen auf diesen Punkt zurück. Im übrigen aber wird niemand der Ohren hat verkennen, daß von Caesar jene rhythmische Figurierung, der Ciceros Rede keineswegs nur in den Abschlußgliedern folgt, vollständig vermieden ist; von gewissen Kühnheiten der Wortstellung, die der Redner in weitem Umfange zuläßt, gilt genau das Entsprechende und beides hängt eng zusammen.

Jedoch diese Zurückhaltung eines Meisters der Prosa und derer, für die das gleiche — übrigens keineswegs minder bewußte oder raffinierte — Stilideal maßgebend war, vermochte den Siegeszug der rhythmisierten Rede nicht aufzuhalten: sie beherrscht in der Kaiserzeit die Masse der mit irgend einem literarischen Anspruch auftretenden Produktion. So hat, um einen Autor zu nennen, der uns zeitlich in die Nähe des Salvius Julianus führt, der jüngere Plinius in seinen Briefen wie in dem Panegyricus auf Trajan 'mit fast einförmiger Regelmäßigkeit die bekannten Normen der rhythmischen Kunstprosa befolgt'.[2]) Die oben bezeichneten drei Normaltypen Ciceros überwiegen bei ihm weitaus und zwar am häufigsten in ihrer reinen Form, ohne Auflösung einer Länge oder Ersatz einer Kürze durch eine 'irrationale Länge'. Bisweilen vernimmt man längere Zeit hintereinander das Geklapper einer einzigen immer wiederkehrenden Klausel. Ein kleines Stück mag als Beispiel hier genügen. Paneg. 20: Iam te civium desideria revocabant amoremque castrorum superabat caritas patriae (– ◡ – ◡◡ – II). Iter inde placidum ac modestum et plane a pace redeuntis (– ◡◡◡ – ◡ II). Nec vero ego in laudibus tuis ponam (– ◡ – – ◡ II). quod adventum tuum non pater quisquam (– ◡ – – ◡ II). non maritus expavit (– ◡ – – ◡ II):

[1]) Der Leser wird bemerkt haben, daß von den acht Periodenschlüssen des Proömiums fünf (*prohibuerunt*, *-dum putari*, *consecutus*, *-scriberetis*, *invenire*) dem Typus I angehören, der schon vor Cicero bei römischen Rednern besonders beliebt war.

[2]) G. Carlsson, Zur Textkritik der Pliniusbriefe, Lund 1922, S. 9, gestützt auf die ausführliche Monographie von C. Hofacker, De clausulis C. Caecili Plini Secundi, Diss. Bonn 1903.

adfectata aliis castitas tibi ingenita et innata (⏑⏑ ⏑ – –⏑ II) interque ea quae imputare non possis (–⏑– –– II). Nullus in exigendis vehiculis tumultus (–⏑–⏑ I), nullum circa hospitia fastidium (⏑⏑ ⏑ – – ⏑⏑ III); annona quae ceteris (–⏑– –⏑– III); ad hoc comitatus accinctus et parcus (–⏑– – –⏑ II).

Nicht überall führte die Routine des rhythmischen Baus zu solcher Monotonie[1]), aber eine gewisse Erstarrung konnte schließlich nirgends ausbleiben. Dabei war das Prinzip aller dieser Messungen dem Untergange geweiht, denn es konnte nur eine Frage der Zeit sein, wie lange noch die Sprache sich die Regelung der rhythmischen Schlüsse nach Längen und Kürzen aufzwingen lassen würde, indes der Wortakzent immer stärker nach adäquater Berücksichtigung verlangte, in der Poesie wie in der Prosa. Auf beiden Gebieten gewahrt man im 4. Jahrhundert schwere Erschütterungen der ererbten Praxis.[2]) Unterstützt und legitimiert wurde die der lateinischen Sprachbewegung innewohnende Tendenz durch Einflüsse der griechischen Reichshälfte. Das in der Hauptsache von Wilhelm Meyer[3]) gefundene Gesetz, das die griechische Kunstprosa vom 4. nachchristlichen Jahrhundert bis zum Ausgange des Mittelalters beherrscht, besagt im wesentlichen, daß für die Klauseln nicht die Länge oder Kürze der Silben, sondern nur der Wortakzent maßgebend ist, und zwar müssen vor der letzten betonten Silbe eines Sinnesabschnittes mindestens zwei unbetonte Silben stehen, z. B. *ἅπας σοφός, σοφίαν τιμᾷ, ἁπάντων ἀνθρώπων, διαλέγονται ἄνθρωποι*; auch Schlüsse wie *ἄλογον ἐξουσίαν, ὕδραν ἀγωνιζόμενος* sind legitim.[4]) Eine Parallelbildung zu *ἅπας σοφός, σοφίαν τιμᾷ* und dergl. kam für das Lateinische nicht in Betracht, da diese Sprache im allgemeinen keine Endbetonung zwei- oder mehrsilbiger Wörter kennt, hingegen entspricht einem *ἁπάντων ἀνθρώπων* ein *devótus occúrrit*, dem Typus *ἄλογον ἐξουσίαν suáviter audiúntur* (den Nebenakzent auf der Anfangssilbe des viersilbigen Worts brauchen wir hier nicht zu berücksichtigen). Die lateinischen Beispiele sind so gewählt, daß zugleich heraustritt, wie der Typus ´ ˜ ˜ ´ ˜ *(de)votus occurrit* der Nachfolger und sozusagen die akzentuierende Umsetzung der alten quantitierenden Klausel –⏑– –⏑ ist,

[1]) Weit stärker ist sie z. B. in einem umfangreichen Erlaß aus dem Jahre 421, cod. Theod. 2, 27. In dem langen Stück steht vor jeder Sinnespause eine quantitierende Klausel, doch kommen keine anderen Formen vor als –⏑⏑⏑̄–⏑̄ (bezw. –⏑–⏑⏑–) und –⏑– –⏑–, diese ohne jede Auflösung oder irrationale Länge. Selbstverständlich niemals Hiat, aber auch niemals Synalöphe.

[2]) In gewissen Kreisen wurde allerdings auch weiterhin die seit langem lebensfremde Tradition noch sorgfältig bewahrt. Es ist erstaunlich, mit welcher Genauigkeit noch in umfangreichen Schriftsätzen der Kanzlei Theodosius des Zweiten die alten Quantitäten festgehalten sind, ohne daß prosodische Irrtümer unterliefen, vgl. als ein Beispiel unter vielen das in der vorigen Anmerkung genannte.

[3]) Gesammelte Abhdlg. z. mittellat. Rhythmik, Berlin 1905, Bd. II S. 202 ff.

[4]) Auch noch andere. Genaueres bei Paul Maas, Griechische Metrik (in Gercke-Norden, Einl. i. d. Altertumswissenschaft I, 7. Heft, 3. Aufl.) § 23, wo weitere Literatur.

und entsprechend der Schluß von *suaviter audiuntur* die ditrochäische Klausel – ◡ – ◡ weiterführt. Die sorgfältigen Stilisten der lateinischen Spätantike bevorzugen fast durchweg bereits jene akzentuierenden Klauseln, die dann nach einer Zeit der Verwilderung die Kanzlei der päpstlichen Curie im Verlaufe des 12. Jahrhunderts mit neuer Strenge stabilisiert hat und die man damals als cursus planus ´ ~ ~ ´ ~ (*sínit intérdum, audíri compéllunt*), cursus tardus ´ ~ ~ ´ ~ ~ (*iúgiter póstulat, operári iustítiam*) und als cursus velox ´ ~ ~ ~ ~ ´ ~ (*gaúdia pervenîre*) unterschied. Diese und ganz wenige andere Formen[1]) sind es, die der gebildete Mann justinianischer Zeit wie selbstverständlich am Kolen- und Satzschluß anwandte; die feineren Gesetze des Baus, namentlich hinsichtlich des Wortumfangs, gehen uns hier nichts an. Wer eine Vorstellung gewinnen will von der Praxis solcher Autoren, die der Redaktion unserer Digesten zeitlich nahestehen, der lese etwa ein Stück Ennodius oder einige Briefe aus der Staatskorrespondenz Theoderichs d. Gr.[2]) mit lauter Stimme und kräftiger Akzentuierung: er wird sehr bald den Rhythmus herausfühlen und die Regelmäßigkeit der Formung erkennen.

Hiermit hätten wir in großen Zügen die Tatsachen umschrieben, die dem Verfasser des vorliegenden Buches den Anstoß zu seiner Fragestellung gegeben haben. Er folgert etwa so: wenn Julian in der ersten Hälfte des 2. Jahrhunderts nach der Sitte der damaligen Kunstprosa seine Sätze mit quantitierenden Klauseln versehen hat, während für die justinianische Zeit ganz andere Regeln des Satzschlusses galten, so ist uns hier ein Instrument in die Hand gegeben, mit dessen Hilfe wir den Context des Klassikers isolieren, also die vorgebrachten Vermutungen über Interpolationen im Digestentext überprüfen oder sogar unsererseits neue Athetesen vornehmen können. Weiterhin besitzen wir aber für die Interpolationen des 6. Jahrhunderts nicht nur das negative Kriterium, daß sie des quantitierenden Klauselrhythmus ermangeln müssen, sondern, falls die Juristen der justinianischen Kommissionen ihre 'emblemata' in der

---

[1]) Mit Unrecht bezweifelt Rechnitz S. 4 für Justinians Kanzlei die absichtliche Zulassung der Klauseln ´ ~ ~ ~ ´ ~ (*fórmam redigébat*) und ´ ~ ~ ´ ~ ~ (*África recéperit*), obwohl sie sich bei Ennodius (z. B. gleich im Anfang der ersten Dictio p. 423 Hartel *penetrále delitéscere*; vgl. z. B. auch am Ende von dict. 4 *laudánda meditátur*, ebenda vorher *suspicétur imperítiam, senectúte violári, retributióne gratuláre*) und Cassiodor gar nicht selten in streng rhythmisch gebauten Stücken finden und obwohl schon Wilh. Meyer a. a. O. S. 260 und 265 hierüber das Richtige gesagt hat. Auch die strengste Observanz des hohen Mittelalters ließ Schlüsse wie *dóna sentiámus, virtútis operátio* gelegentlich zu, vgl. A. C. Clark, The Cursus in Mediaeval and Vulgar Latin, Oxford 1910, S. 19, L. Traube, Vorlesungen u. Abh. II S. 118. — R.s Furcht, wenn man auch diese Klauseln in der justinianischen Prosa für beabsichtigte Schmuckmittel hielte, 'mache man damit der Kunstprosa ein Ende', ist ganz unbegründet; das Kriterium dafür, ob man es mit Kunstprosa zu tun hat, liegt außer in dem Überwiegen der oben genannten drei Hauptformen des akzentuierenden Kursus und der Ausstattung jedes schweren Sinneseinschnitts mit einer Klausel vor allem in der negativen Tatsache, daß dort Schlüsse der Form ´ ~ ´ ~ (*iúra dédit*) nicht vorkommen.

[2]) Cassiodori Variae ed. Mommsen (Mon. Germ., Auct. antiqu. XII).

Weise geformt haben, die uns in den Konstitutionen jener Zeit ganz deutlich entgegentritt, müßten etwas umfangreichere Einschiebsel eine Aufeinanderfolge akzentuierender Klauseln aufweisen. Dieser Gedankengang ist scharfsinnig und sehr verlockend; zweifellos war der Wunsch berechtigt, einmal zu versuchen, wie weit man mit der hier angedeuteten Methode kommt. An diesem Punkte aber hätte der Wille zur Nüchternheit einsetzen müssen, von dem wir eingangs gesprochen haben. Gehört eigentlich Salvius Julianus zu jenen Vertretern der Kunstprosa, die für ihre Satzschlüsse den Klauselrhythmus suchen? Diese entscheidende Vorfrage ist an keinem Punkte der Arbeit auch nur ernsthaft gestellt. Es ist überaus bezeichnend, wie R. seine eigentliche Untersuchung eröffnet. Nach einer Einleitung 'Justinians Klauseln' (S. 1—9) beginnt S. 10 der Hauptteil 'Julian'. Unter der Überschrift '§ 1: Das Klauselsystem Julians. Allgemeines' heißt es da: 'Der Leser, welcher ganz unbefangen an die Fragmente Julians herangeht, in der Absicht, die byzantinischen Interpolationen auf Grund der Klauseln auszuscheiden, wird in einer bedeutenden Anzahl von Fällen gar nicht entscheiden können, ob er rhythmisch [d. h. akzentuierend] oder metrisch lesen soll, da sowohl die eine wie die andere Lesung möglich ist. Wir sehen uns daher vor die Frage gestellt, nach welchen Regeln Julian seine Klauseln baute.' Dazu die Anmerkung unterm Text: 'Wenn sich Julian der Klauseln als Schmuckmittel bedient, so folgt er der damals ganz allgemein geübten Praxis. Wie verbreitet sie war, geht schon daraus hervor' usw. Also R. sieht sich nicht vor die primäre Frage gestellt, ob Julian die Klauseln als Schmuckmittel verwendet hat, sondern nur vor die sekundäre, 'nach welchen Regeln er seine Klauseln baute', mit anderen Worten: er setzt voraus was er erst beweisen müßte. Von den schweren Vorwürfen, die gegen R.s Methode zu erheben sind, ist dies der schwerste. Er hat es für überflüssig erachtet unvoreingenommen zu untersuchen, was sich über den allgemeinen Stilcharakter Julians aus den Fragmenten seiner Werke ermitteln läßt. Ich habe mich immer wieder gefragt, wie R. überhaupt sein Buch hat schreiben können, wenn er aufmerksam und unbefangen, wie er es doch sicherlich zunächst getan hat, nicht einmal, sondern wiederholt die fast 200 dem Nachlaß Julians gewidmeten Seiten in Lenels Palingenesia mit dem Auge und, was hier noch wichtiger ist, mit dem Ohr eines echten Philologen gelesen hat. Zu fordern wäre dann freilich auch gewesen, daß er die grundlegende Untersuchung nicht nur selber anstellte, sondern auch seine Leser instand setzte sich ein eigenes Urteil zu bilden. Zu diesem Zwecke mußte er, statt immer nur kleine Fetzen herauszureißen und an ihnen die Einzelheiten seiner Klauseltheorie und eigene oder fremde Interpolationshypothesen zu demonstrieren, zum mindesten ein paar von den umfangreichen Fragmenten, an denen es wahrlich nicht fehlt, ganz vorlegen und sie nach ihrer Gliederung und ihrem Rhythmus analysieren. Dazu aber ist in der ganzen Schrift nicht einmal ein Ansatz zu finden. Selbstverständlich wäre eine solche Analyse nicht ganz einfach, da ja nicht erwartet werden kann, daß auf eine längere Strecke hin der Text des Klassikers rein vorliegt. Man muß vielmehr von

vornherein damit rechnen, daß die ursprüngliche Figuration seiner Sätze und ihr Rhythmus immer wieder durch fremde Bestandteile entstellt ist.[1]) Aber wenn überhaupt irgend eine Untersuchung über den Stil eines nur durch die Digesten überlieferten Juristen noch sinnvoll sein soll — eine gewisse Species der Interpolationenforschung dürfte freilich, wenn sie konsequent weitergetrieben wird, jedes derartige Bemühen von vornherein illusorisch machen —, so muß erwartet werden, daß trotz aller Verstümmelung, Klitterung und Durchsetzung mit fremden Elementen doch das Ursprüngliche immer wieder einmal durchbricht. Dies ist nun aber zum Glück nicht nur ein methodisches Postulat, sondern in der Tat ist unser Material, so sehr wir es uns in vielem anders wünschten, doch noch von der Art, daß es ein fundiertes Urteil über den Stil des Klassikers ermöglicht. Prüft man es im Hinblick auf unsere Frage, so ist das Ergebnis so klar und einfach wie nur möglich. Es kann keine Rede davon sein, daß Julian beim Bau seiner Sätze irgendwelche Rücksicht auf den Klauselrhythmus nimmt. Im Grunde geht das selbst aus R.s Besprechungen einzelner Stellen zur Genüge hervor. Zunächst ist er gezwungen an einer Reihe von Satzschlüssen, die keinerlei sachlichen oder stilistischen Anstoß bieten, nur darum unmögliche Manipulationen vorzunehmen, weil er ihnen eine metrische Klausel aufdrängen will; davon wird noch zu sprechen sein. Hilft aber alles nichts, so macht er des öfteren die Annahme, die er S. 72 grundsätzlich formuliert: 'entweder man sagt, die Periode hatte am Schluß keine Klausel (was ja durchaus möglich ist)[2]), etwa der juristischen Terminologie zuliebe, oder man stellt um .., oder man nimmt an, daß interpoliert ist.' Ich leugne, daß es eine wahrhaft rhythmische Prosa gibt, in der eine Periode am Schluß keine Klausel hätte.[3]) Schließlich ist eine Folge der Notlage, in die den Verfasser seine Grundhypothese bringt, auch die wiederholte (S. 42. 47. 83) Klage über die Knappheit des für Klauselbeobachtungen im Julian zur Verfügung stehenden Materials. Käme dem Schriftsteller auf die Klauseln irgend etwas an, so müßte in seinen Fragmenten trotz aller Überarbeitung ein reichliches Beobachtungsmaterial vorliegen.

---

[1]) Hätte R. daran gelegen eine methodisch einwandfreie Untersuchung über den Satzrhythmus anzustellen, so hätte er, um zunächst einmal festen Boden unter die Füße zu bekommen, fürs erste auf Julianus verzichtet und seinen Ausgang von den Institutionen des Gaius genommen, woran dann vielleicht vorsichtige Analysen der in den Vaticana fragmenta überlieferten Bruchstücke aus den Schriften der großen Juristen der Severerzeit anzuschließen waren. Freilich wäre es dann mit den Klauseln von vornherein nichts gewesen.

[2]) Diese Meinung hindert übrigens R. keineswegs, wo es ihm gerade paßt, folgendermaßen zu argumentieren: 'am Schluß der großen Periode erwartet man eine Klausel' (S. 29), 'da aber an dieser Stelle eine Klausel verlangt wird, so muß hinter dimidiae etwas ausgefallen sein' (S. 66), 'ist unecht, denn es ist überflüssig, außerdem hat es keine Klausel' (S. 68) u. dergl.

[3]) D. h. daß inmitten einer rhythmisch gebauten Partie plötzlich eine einzelne Periode klausellos schlösse. Selbstverständlich kann die Rhythmisierung an einem bestimmten Punkte aufhören, sodaß dann freie Schlüsse folgen.

Entscheidend aber scheint mir eine weitere Überlegung zu sein. Es geht nicht an oder wäre zum mindesten banausisch, wollte man auf die Frage, ob ein antiker Prosaiker den Klauselrhythmus sucht oder nicht (im zweiten Falle kann er ihm entweder gleichgültig gegenüberstehen oder ihn bewußt vermeiden), die Antwort lediglich den Schlüssen seiner Kola, Sätze und Perioden entnehmen. Denn die Prinzipien des Satzschlusses hängen (das wissen wir jetzt, vor allem dank Eduard Nordens Untersuchungen) unlösbar mit dem gesamten Satzbau und seiner Gliederung zusammen. Die Klausel überfällt ja den Hörer (in späterer Zeit den laut Lesenden) nicht als ein Unvorhergesehenes, so wenig wie der gleichfalls ursprünglich der Kunstprosa angehörende Reim, dessen Substrat nach Nordens Ausdruck (Kunstprosa S. 814) der Parallelismus ist. Wer mit einer Klausel schließen will, der knetet schon von Anfang des Satzes an die Töpfererde der Sprache in einer anderen Weise als es derjenige tut, der auf jenes Schmuckmittel verzichtet. Diese Verschiedenheit hat die wichtigsten Folgen für die Art der Periodisierung, Parataxe oder Hypotaxe, das Bevorzugen oder Fortlassen gewisser Epitheta und namentlich für die Wortstellung im ganzen Satze; auf diese und andere hierher gehörige Erscheinungen können wir selbstverständlich nicht eingehen. Das aber muß gesagt werden: ähnlich wie wir heute in der Poesie sogleich beim Anfang eines Gedichtes in gebundenen Rhythmen ('Herz, mein Herz, was soll das geben?'), auch wenn wir es nicht kennen, auf den Reim warten, der kommen muß, dagegen bei freien Rhythmen ('Den einzigen, Lida, welchen du lieben kannst') von vornherein anders eingestellt sind, muß auch der antike Hörer schon bei den Worten *Quo usque tandem abutere* gefühlt haben, daß ihm ein andersartiger Satzschluß bevorsteht als nach *Gallia est omnis divisa*. Der moderne Philologe aber, der wirklich einer ist, sollte imstande sein ein entsprechendes Fühlen, wenn auch minder naturhaft, in sich zu reproduzieren.

Lesen wir in diesem Sinne die Julian-Fragmente, so sehen wir uns im großen und ganzen und gerade auch innerhalb der sachlichsten, der 'echtesten' Partien in eine Sprach- und Stilwelt versetzt, die den Gedanken an jene Figurierung, deren letzter sinnfälligster Ausdruck der Klauselrhythmus ist, garnicht aufkommen läßt. Das ist keineswegs erstaunlich, vielmehr gerade das, was man nach der geistigen Haltung der römischen Rechtsgelehrten erwarten muß. Die sogenannten klassischen Juristen sind in ihrem schriftstellerischen Gebaren von den meisten Prosaikern ihrer Zeiten durch einen weiten Abstand getrennt; für dieses Verhältnis trifft ganz allgemein zu, was Mommsen mit Bezug auf Gaius ausgesprochen hat, als er ihn nannte (Ges. Schrift. II S. 39) 'scriptorem naturali sua simplicitate inter aequales pariter fere et flaccidos et molestos[1]) nescio quo prisco candore nitentem'. Norden hat (Kunstprosa S. 581) den Stil der klassischen Juristen und seinen Gegensatz zu der Künstelei der Zeitgenossen knapp, aber ungemein zutreffend charakterisiert; man wünschte, R. wäre diesen ihm sicher gut bekannten Sätzen sorgfältiger nachgegangen.

[1]) Man denke etwa an Fronto oder Apuleius.

Es ist für den Literarhistoriker besonders reizvoll zu sehen, wie sich die Juristensprache dank einer starken Schultradition inmitten der allgemeinen Verschrobenheit erstaunlich lange Zeit rein und kraftvoll erhält. Und was die Klauseln anlangt, so sind gerade Schriften wie die Julians die vornehmsten Vertreter der 'technical works, for which such ornament [rhythmische Schlüsse] was unsuitable' (A. C. Clark, The cursus in mediaeval and vulgar Latin, Oxf. 1910, S. 8).

Nun könnte sich R. allerdings darauf berufen, daß er auch wo er nicht ändert in den Fragmenten nicht selten quantitierende Klauseln aufzuzeigen vermag. Hier darf an das früher (S. 400) über Caesar Bemerkte erinnert werden. Die Natur der lateinischen Sprache bringt es mit sich, daß auch in der Rede dessen, der sich um den Klauselrhythmus überhaupt nicht kümmert, von Zeit zu Zeit Satzschlüsse der Formen – ◡ – ⏓, – ◡ – – ⏓, – ◡ – – ◡ ⏓ von selbst auftauchen. Das gibt uns aber selbstverständlich kein Recht in solchen Fällen Regeln des Klauselbaus zu statuieren oder gar das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der in der rhythmischen Kunstprosa herrschenden Satzschlüsse zu einem Kriterium für die Echtheit des betreffenden Klassikerfragments zu machen. Hier kann eben nur das kontinuierliche Vorkommen regulärer metrischer Klauseln etwas besagen; namentlich ist für jeden Periodenschluß die Klausel unbedingt zu fordern. Wählt man, wie es R. durchweg tut, die Proben klein genug, so kann es gar nicht anders sein als daß eine Reihe von Klauseln herausspringt. So kommen z. B. in den Resten der XII Tafel-Gesetze, denen doch schwerlich jemand Befolgung der Grundsätze des klassischen Klauselbaus zutrauen wird[1]), verhältnismäßig zahlreichere und vor allem regelmäßiger gebildete Klauseln vor als in den meisten der von R. vorgelegten Julianfragmente. Ich gebe ein paar Beispiele aus den ersten Tafeln. 1, 1 *si in ius vocat, ito* (– ◡ – – – II, das *a* von *vocat* ist noch im 2. Jahrhundert v. Chr. lang), *igitur em capito* (◡◡ ◡ – ◡◡ – II). 1, 2 *si calvitur pedemve struit* (– ◡ – – ◡ ◡ III). [R. müßte nach seiner Hiatustheorie die gleiche Klausel auch in 1, 8 *litem addicito* finden, ich erkenne das nicht an.] 2,2 *dies diffissus esto* (– ◡ – – I). 2, 3 *obvagulatum ito* (– ◡ – – – II). 3, 3 *si volet maiore vincito* (– ◡ – – – II). 3, 4 *si volet suo vivito* (– ◡ – – ◡ – III). 3, 4 *si volet plus dato* (– ◡ – – ◡ – III). 3, 6 *partis secanto* (– ◡ – – I). [für R. auch 3, 6 *se fraude esto*, 3, 7 *aeterna auctoritas*.] 4, 2 *a patre liber esto* (– ◡ – – I) usw.

Besser begründet scheint R.s Vorgehen hinsichtlich der sogenannten 'byzantinischen' oder wie ich lieber sage der akzentuierenden Klauseln. Denn hier stehen wir wenigstens insofern auf sicherem Boden, als wir aus den Konstitutionen deutlich erkennen, daß für die kaiserliche Kanzlei des 6. Jahrhunderts[2]) der nach festen Regeln gebaute akzentuierende Kolen-

[1]) Daß allerdings rhythmisches Feingefühl bei ihrer Fassung mitgewirkt hat, ist mir sicher; vgl. Hermes 60 (1925), 443.

[2]) Aber nicht erst für sie. Schon in einer ganzen Reihe von Erlassen aus den späteren Zeiten Theodosius des Zweiten herrscht bei strengster Durch-

und Periodenschluß verbindlich ist. Ferner spricht alle Wahrscheinlichkeit dafür, daß damals der gebildete Mann sozusagen schon auf der Schule, d. h. sobald er seine stilistische Ausbildung empfing, die ja ziemlich einfachen Klauselgesetze mitlernte, sodaß sie ihm bald in Fleisch und Blut übergingen und er kaum noch anders konnte als jedes sorgfältige Schriftstück nach ihnen zu verfassen. Man darf also erwarten, daß umfangreiche in der Spätzeit interpolierte Satzgefüge an den schwereren Sinneseinschnitten akzentuierende Klauseln aufweisen. Es fragt sich nur, ob mit dieser Erkenntnis für die praktische Aufgabe, die Analyse unseres Digestentexts, viel gewonnen ist. In der Mehrzahl der Fälle werden wir ja — abgesehen von den Streichungen und dem Umsetzen der Terminologie — mit kürzeren Zusätzen zu rechnen haben; da aber nur in der regelmäßigen Wiederkehr eines Klauseltypus, einerlei ob des quantitierenden oder des akzentuierenden, eine leidliche Gewähr dafür liegt, daß die einzelnen Klauseln nicht dem Zufall verdankt werden, so können die Schlüsse in Satzfragmenten oder auch in ein paar Sätzchen kein zureichendes Kriterium liefern. Doch es steht noch weit schlimmer um die Brauchbarkeit des von R. mit Zuversicht angewandten Schiboleths. Die 'byzantinischen' Klauseln haben, als auf dem lebendigen Wortakzent aufgebaut, die Eigentümlichkeit, daß sie bei jeder Art lateinischer Diktion sich mühelos und zahlreich ergeben, weit mehr noch als die quantitierenden. Um diese Behauptung zu belegen, habe ich nicht lange gesucht, gebe also als Probe was mir beim ersten Blättern gerade zufiel, auf die Gefahr hin, daß man leicht noch schlagendere Beispiele bringen könnte. Caes. bell. Gall. I 8 Interea ea legione quam sécum habébat (⏑́ ⏑ ⏑ ⏑́ ⏑), militibusque qui ex província convénerant (⏑́ ⏑ ⏑ ⏑ ⏑́ ⏑ ⏑[1])), ab lacu Lemanno qui in flumen Rhódanum ínfluit (⏑́ ⏑ ⏑ ⏑́ ⏑ ⏑), ad montem Iuram qui fines Sequanorum ab Helvétiis dívidit (⏑́ ⏑ ⏑ ⏑́ ⏑ ⏑), milia passuum decem novem murum in altitudinem pedum sedecim fossámque perdúcit (⏑́ ⏑ ⏑ ⏑́ ⏑)[2]). eo opere perfecto praesídia dispónit, castélla commúnit, quo facilius si se invito transire conarentur prohibére póssit (keine Klausel!). ubi ea dies quam constituerat cum legatis venit et legati ad éum revertérunt, negat se more et exemplo populi Romani posse iter ulli per provínciam dáre, et si vim facere conentur prohibitúrum osténdit. Helvetii ea spe deiecti navibus iunctis ratibusque complúribus fáctis alii vadis Rhodani qua minima altitudo flúminis érat, nonnúnquam intérdiu, saépius nóctu si perrumpere póssent conáti, operis munitione et militum concursu et télis repúlsi hoc conátu destitérunt.

---

führung der rhythmischen Klauselbildung das akzentuierende Prinzip, d. h. es finden sich viele Klauseln, die nur akzentuierend gelesen werden können, während andere sich naturgemäß auch noch quantitierender Messung fügen, sodaß man hier mit einer gewissen Berechtigung von einem 'cursus mixtus' sprechen könnte.

[1]) Über die Legitimität dieser in den Constitutionen des späteren 5. und des 6. Jahrhunderts sehr häufigen Klausel s. oben S. 402 A. 1.

[2]) Ich schreibe im folgenden die Schemata nicht mehr bei, sondern gebe nur die 'die Klausel' bildenden Silben in Sperrdruck.

Also in dem ganzen Kapitel fehlt nur einem einzigen Kolon (*prohibere possit*) die 'byzantinische' Klausel.[1]) Welche Schlüsse müßte R. ziehen, wenn durch einen unglücklichen Zufall das Bellum Gallicum verloren und dies Kapitel in die Digesten verschlagen wäre! Oder, ernsthafter: dürfen wir dem sachlich schreibenden Julian, von dem sich ja gezeigt hat, daß er metrische Klauseln nicht sucht, verwehren in einen ähnlichen Rhythmus zu fallen wie der sachlich schreibende Caesar? Damit man jedoch nicht an einen besonders tückischen Zufall glaube, setze ich aufs Geratewohl noch ein Stück aus einem grundverschiedenen Stilisten her, Tacitus Germ. 3. Fuisse apud eos et Hérculem mémorant, primumque omnium virorum fortium ituri in proélia cánunt. sunt illis haéc quoque cármina, quorum relatu quem bárditum vócant accendunt animos (keine Klausel!), futuraeque pugnae fortunam ipso cántu augurántur; terrent enim trepidantve prout sónuit ácies, nec tam vocis ille quam virtutis concéntus vidétur.

So steht es also. Das Vorkommen einiger akzentuierender Klauseln in einer Partie der Digesten besagt überhaupt nichts, das Vorkommen vieler in langer Reihe hintereinander kann ein Indizium für Interpolation sein, braucht es aber durchaus nicht. Damit ist aber die Beobachtung der Satzschluß-Rhythmik als Werkzeug kritischer Sonderung völlig entwertet. Denn Erscheinungen, die möglicherweise dem Byzantiner zugehören, vielleicht aber auch dem Klassiker, kennen wir genug.

R. verwendet bei Athetesen die Konstatierung seiner byzantinischen Klauseln zuversichtlich als Argument, auch in Fällen wo sie nur in geringer Zahl vorkommen oder sogar wo er nur eine von ihnen findet. So heißt es bei ihm: 'Alle diese als unecht angenommenen Partien haben nun byzantinische Klauseln' (S. 29), 'außerdem ist die Partie voll von byzantinischen Klauseln' (S. 31), 'aber dann finden sich vereinzelte byzantinische Klauseln' (S. 32), 'die Worte unterbrechen also den Zusammenhang und sind darum zu streichen, zumal da sie auch byzantinische Klauseln haben' (S. 44), 'das ist byzantinische Ergänzung, auch sind die Klauseln byzantinisch' (S. 45), 'die Worte zeigen nicht nur byzantinische Klauseln, schlecht ist auch' usw. (S. 47), '*licet* sqq. unecht? Die Klauseln raten dazu' usw. (S. 51), '(verdächtig) nicht nur weil es eine allgemeine Regel ist, sondern weil auch die byzantinische Klausel am Schluß dazu rät' (S. 52), 'ist vielleicht nicht alles echt, diese Worte haben byzantinische Klauseln' (S. 53), 'muß ursprünglich anders gelautet haben, nicht nur wegen der byzantinischen Klausel, sondern auch weil' usw. (S. 58), 'erscheint mir unecht, teils wegen der byzantinischen Klauseln, teils weil' (S. 59), 'dieser Paragraph ist stark entstellt, wie schon die zahlreichen byzantinischen Klauseln zeigen' (S. 66) usw.

---

[1]) Das ausgeschriebene Caesarkapitel kann zugleich einen Maßstab dafür geben, was von A. C. Clarks (The cursus etc. S. 22ff.) Bemühen zu halten ist, allen Ernstes in Teilen der ciceronischen Korrespondenz, Vitruv, Petron usw. 'accentuierende Prosa' aufzudecken. Aber seine Beispiele bestätigen allerdings auch ihrerseits das, was oben über die Leichtigkeit des Zusammenfalls ungekünstelter lateinischer Satzschlüsse mit 'byzantinischen Klauseln' gesagt worden ist.

Jede dieser Folgerungen sündigt gegen das heilsame von Karl Lehrs formulierte Philologengebot: 'Du sollst nicht glauben, daß zehn schlechte Gründe gleich sind einem guten.' Hierzu darf, da R. zu seinem Verfahren durch einige vergleichbare Prozeduren in der Romanistik ermuntert worden ist, wohl noch ein grundsätzliches Wort gesagt werden. Kein Einsichtiger wird die Notwendigkeit und den hohen Wert der Interpolationenforschung leugnen. Es ist auch sicher, daß sich an ihr eine Reihe vorsichtiger Forscher mit soliden Methoden beteiligt. Aber teilweise herrscht hier, namentlich sobald die Rede auf sprachliche und stilistische Kriterien kommt, noch eine merkwürdige Harmlosigkeit. Wie oft ist man froh, wenn es gelingt den neun mehr oder minder begründeten 'Anstößen', die von früheren Forschern genommen worden sind, einen zehnten hinzuzufügen, der zwar an sich nicht gerade durchschlagend wäre, aber doch immerhin neben so vielen anderen auch mitzählen kann. Solange diese Methode noch irgendwelchen Kredit genießt, solange der Kritiker, der die sprachliche Form einer Digestenstelle beurteilen will, sich nicht für verpflichtet hält abseits von jedem Interpolationen-Index zunächst einmal den Text selbst ganz unbefangen, so als wenn es darüber noch gar keine Literatur gäbe, mehrfach zu lesen und zu interpretieren, solange wird sich dieser ganze Zweig der Forschung von dem Wuste nichtsnutziger Hypothesen, der jetzt über ihm liegt, nicht befreien können und wird notwendig der stärksten Skepsis bei denen begegnen, die aus der Beschäftigung mit anderen literarischen Denkmälern wissen, was Stil und Sprache und was Textkritik ist.

Nun ist R. vielleicht entschuldbar, wenn er im Banne seiner Hauptthese allerwärts dem Klauselargument eine Zuverlässigkeit zuschreibt, die es nach der Natur der Sache gar nicht haben kann. Weit schlimmer ist es, wie er sprachliche Beobachtungen verwendet, oder vielmehr nicht Beobachtungen, sondern Dinge, von denen er in sicherem Tone behauptet, sie seien so, ohne daß er sich im geringsten Mühe gegeben hätte daraufhin Texte durchzulesen oder auch nur die vorhandenen lexikalischen Hilfsmittel auszunutzen. Wer auf solche Art das Aperçu an die Stelle der Observation setzt, der verdiente auch dann den Namen eines Philologen nicht, wenn er über eine sichere Kenntnis der lateinischen Sprache verfügte.

Einigen von R.s sprachlichen Behauptungen bin ich nachgegangen (alle zu kontrollieren hielt ich mich nicht für verpflichtet) und berichte über das Ergebnis nach der Reihenfolge des Buchs.

S. 27 '*quidem — vero* ist eine Schreiberentgleisung' (entsprechend S. 45 zu fr. 735). Generelle Verdächtigung dieser Partikelfolge ist unstatthaft, vgl. z. B. Gaius inst. 2, 278 *Romae quidem . . . in provinciis vero*, 3, 122 *lex quidem Furia . . . Apuleia vero.* Hinzu nehme ich gleich S. 48 (zu 735) '*si emeris . . . si quidem . . . si vero . . .* ist keine lateinische Konstruktion, sondern erinnert an *εἰ μὲν . . . εἰ δέ.* Auch einige byzantinische Klauseln sind da.' Gaius inst. 3, 40 *si is suum heredem reliquerat . . . et si quidem naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset . . . si vero . . .* (ganz ähnlich 2, 60 und 4, 91, nur daß dort die Distinktion *si quidem . . . si vero* auf einen einleitenden *cum*-Satz folgt), Ulp. reg. 22, 19 *si nati . . .*

futuri sunt, ... si quidem ... nascantur, ... si vero, ebenso 23, 5. — S. 27 bemerkt R. noch zu der gleichen Stelle 'ich möchte *separatae* statt *-te* lesen', sagt aber nicht, daß der Florentinus (was in den Stereotypausgaben nicht vermerkt ist) *separatae* bietet. Übrigens ist mir zweifelhaft, ob die Stelle (D. 34, 5, 13 pr.) durch kleine Eingriffe, wie R. sie versucht, für den Klassiker zu retten ist. Über das sprachlich wirklich anstößige *singulae summae ... certam habent demonstrationem* bemerkt R. kein Wort. Die zwei im Vocabul. für *habere demonstrationem* angeführten Stellen Pomp. 34, 2, 34, 2 und Jav. 35, 1, 54 pr. sind andersartig und weit weniger hart.

S. 29 '*an perceptione fructus suos faciat, quaeritur.* Das nachgestellte *quaeritur* ist unlateinisch.' Auct. Her. 2, 29, 46 *non enim utrum ... an non, sed factumne sit, quaeritur,* Cic. de inv. 1, 12 *quantum et cuiusmodi et omnino quale sit, quaeritur,* Gaius inst. 2, 244 *an ei qui ... recte legemus, quaeritur,* 3, 133; 3, 172 *an autem ... possit, quaesitum est.* Übrigens noch bei Julian selbst 451, 2 *an Maevio ... debeat, quaeritur.*

S. 29 zu 666 wird, zwecks Gewinnung einer klassischen Klausel, für *facta fuerit* eingesetzt *facta sit*: 'die Byzantiner schrieben ganz unbewußt *fuerit praestet,* weil dies eine byzantinische Klausel ist', d. h. R. verrät ganz unbewußt seine Unkenntnis des festen Sprachgebrauchs, der an dieser Stelle (D. 43, 24, 14) *in hoc solum agi poterit ... cum emptore ... servi, ut ... impensam, quae in restitutione facta fuerit, praestet* das *fuerit* anzutasten nicht erlaubt, z. B. lex agraria (v. J. 111 v. Chr.) 16 *secundum eum ... det, quoi sorti is ager datus adsignatusve fuerit*; Julian frg. 89 pr., 115, 118 pr. usw.

S. 30 zu 438 (D. 28, 5, 38, 1) *servus testamento heres pure scriptus, liber autem iussus esse, si intra kalendas Decembres decem dedisset, ... neque liber neque heres erit, nisi decem dederit* bemerkt R.: 'der betreffende Passus im Testament hatte gelautet: *Stichus si intra kalendas Decembres decem dederit, liber esto.* Das kann bei der Einfügung in den Wortlaut des Textes niemals zu *si ... dedisset* werden; es muß auch hier wie an den anderen Stellen *dederit* heißen. Dadurch entsteht die klassische Klausel' usw. Hätte R. Zeit gehabt zu bemerken, daß in dem Referat des Tatbestands der Satz *si ... dedisset* dem *liber iussus esse,* also einem praeteritalen Obersatze, untergeordnet ist, und sich dabei der Tertianer-Grammatik zu erinnern, so wäre ihm klar geworden, daß es hier *dedisset* heißen muß, wie es denn auch in den Klassikerzitaten der Regel nach heißt (daß gelegentlich auch in solchen Fällen die Consecutio temporum von den Compilatoren verwischt worden ist, ist selbstverständlich). Die Beispiele sind zahllos. Instruktiv wegen des Nebeneinander z. B. Pomp. D. 35, 1, 112, 2 *fundus quibusdam legatus est, si ... dedissent. nam nisi uterque dederit, neutri est legatum,* syntaktisch völlig korrekt. R. wiederholt seinen Fehler S. 36, wo er frg. 560 (D. 12, 6, 34) *is cui hereditas ... relicta est et ... fundus si decem dedisset heredi* zugunsten einer Klausel das 'unmögliche' *dedisset* in *dederit* ändert.

S. 30 zu D. 8, 2, 32, 1 *libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur*: 'nur muß *si aedes possideantur* (‒ ⏑⏑ ‒ ⏑) durch *s. a. possidentur*

(⏑́ ⏑ – ⏑) ersetzt werden.' Hier hätte R. eine Untersuchung über die Modi der Condicionalsätze in der Juristensprache anstellen müssen. Aber schon eine flüchtige Durchsicht des Gaius und der Fragm. Vat. lehrt, daß vielfach im *si*-Satz der Konjunktiv des Präsens, im Nachsatz der Indikativ steht, wie Gaius 2, 106 *si filius familias . . . faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is qui in potestate patris est* und so sehr oft.

S. 31: 'persönliches *intellegor* kann auch nicht echt sein', Cic. nat. deor. 1, 106 *ex quo* (dei) *esse beati atque aeterni intellegantur.*

Auf die Monstrosität, die er S. 39 unten hat drucken lassen, wo er zu *latitare* in einer Bedeutung, die es niemals haben kann, einen acc. c. inf. hat Subjekt sein lassen, ist R. noch vor Toresschluß (Nachtrag S. 101) aufmerksam geworden.

S. 51 zu 199 (D 15, 1, 37, 3) *si actum sit de peculio cum eo, qui usum fructum in servo habet, et minus consecutus sit creditor* 'Julian schrieb *si actum est et . . . consecutus est creditor* (– ⏑ – – ⏑ –); dies zeigt der indic. *habet*, der ein Rudiment des alten Textes ist; wäre die überlieferte Fassung die alte, so müßte es *habeat* heißen.' Wieder eine aus der Luft gegriffene Behauptung: unzählige Male steht der in einen konjunktivischen Condicionalsatz eingeschobene Relativsatz im Indikativ, z. B. Gaius 2, 38. 2, 52 *si rem hereditariam, cuius . . . nactus est, aliquis possederit*, 2, 106 *si is, qui in potestate patris est, familiae emptor adhibitus sit*, 3, 97. 3, 103 *si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus* usw.

S. 52 zu 614, 6 *hoc casu creditor* sagt R. '*casus* und *intellegor* sind byzantinische Ausdrücke, in klassischer Zeit heißt es *causa* statt *casu*.' Über das untadelige *hoc casu* lehrt ein Blick in das Vocabularium I 638 (Gaius sehr oft, Paul. frag. Vat. usw.) das Richtige, das übrigens schon bei Gradenwitz, Interpol. S. 88, steht.

Ob S. 52 unten in der 'Rekonstruktion' von D. 46, 3, 32 *solveret* für das überlieferte *solverit* wieder dem Verkennen der consecutio temporum oder einem Druckfehler verdankt wird, lasse ich dahingestellt.

S. 58 zu D. 28, 7, 11 *si quis . . . scripserit . . . et filio . . . Titius nolit se adrogandum dare, erit filius heres quasi expleta condicione.* '. . . muß ursprünglich anders gelautet haben, nicht nur wegen der byzantinischen Klausel, sondern auch, weil das so weit voranstehende *erit* sehr schlecht ist.' Es ist sehr gut, sehr lateinisch. R. ahnt nichts von der ausgedehnten Forschung der letzten anderthalb Jahrzehnte über die Stellung des lateinischen Verbums. Über Anfangsstellung im Nachsatze z. B. W. Kroll, Glotta IX 117. 121; Orinsky, Glotta XII 90 mit vielen Beispielen aus Gaius, z. B. 2, 188 *cum libertate vero heres institutus si quidem . . . duraverit, fit ex testamento liber et inde neccesarius heres.* Ich habe mir beim Blättern notiert Ulp. Vat. fragm. 85 *quod si ante et socius amittat, erit danda totius petitio.*

S. 60 gibt R. zustimmend die Behauptung weiter, *experietur* sei byzantinisch; als Philologe hätte er doch wenigstens hinzusetzen sollen, daß das Verbum gerade in der Bedeutung des prozessualen Vorgehens gegen jemanden schon im Plautus vorkommt und daß es sich ebenso in dem

Veroneser Gaius findet. Es ist demnach höchst unwahrscheinlich, daß es an den vielen Digestenstellen, an denen es diesen Sinn hat, interpoliert wäre.

Ich breche hier ab und berühre zum Schluß nur noch kurz die Krone der R.schen Wortforschung, den Nachweis, daß Julian niemals eine Form von *oportere* gebraucht hat. Der Kritiker geht hier schnurgerade auf sein Ziel los; nicht im geringsten beschwert ihn die Erwägung, wie sonderbar es an sich wäre, wenn der Jurist in seiner ausgedehnten Schriftstellerei überall den Gebrauch gerade dieses für die Rechtssprache so bedeutsamen Ausdrucks sich versagt hätte. 'Wir dürfen also annehmen,' sagt R. am Schluß seines Exkurses über *oportere* (S. 99), 'daß Julian sich dieses Wortes nicht bediente. Einige Fälle korrigieren sich dadurch, daß man *debere* einsetzt, bei anderen, namentlich denjenigen, die keine Klausel bilden, könnte es ebenfalls dagestanden haben, wenn nicht gerade die Umarbeitung eine radikalere gewesen ist.' Der störende Gedanke an die Möglichkeit eines wenigstens für gewisse Verbindungen noch nachweisbaren Bedeutungsunterschieds zwischen *debere* und *oportere* bleibt dem glücklichen Entdecker fern. Was nun die Methode anlangt, mit der er die nicht wenigen Fälle des Vorkommens von *oportere* in unseren Julian-Fragmenten eliminiert, so unterscheidet sie sich in nichts von der sonst bei ihm üblichen; es genügt daher sie hier durch wenige Proben zu charakterisieren. Dabei kommt in unserem Zusammenhange nichts darauf an, ob die angezogenen Stellen sämtlich intakt sind, sondern nur darauf, daß vage Verdächtigungen nicht ausreichen, um die Annahme einer Interpolation zu begründen. R. argumentiert folgendermaßen: S. 37 (wiederaufgenommen S. 97) zu D. 23, 1, 11 *et ideo sicut nuptiis ita sponsalibus filiam familias consentire oportet.* 'Daß *filiam* nicht dagestanden haben kann, hat Solazzi ... gezeigt. Darum ist es unbedenklich, auch hier *oportet* für unecht zu halten, das Julian sonst nicht anwendet.' — S. 97 zu D. 26, 7, 18 *Qui tutor negotia pupilli gessit, quamvis in nulla re auctor pupillo fuerit, quin tutelae iudicio teneatur, dubitari non oportet.* 'Der ganze Satz erscheint mir von einer geschraubten Wortstellung; *dubitare*, von dem *quin* abhängt, steht ganz am Ende.' Diese Impression bringt R. ruhig vor, obwohl er selbst S. 48 und S. 99 den Schluß von Julian 726 (D. 6, 1, 55) zitiert *quin in solidum condemnari debeat, dubitari non oportet*, für dessen Unechtheit er wieder kein Argument hat als daß ihm 'die Schlußworte reichlich geschraubt scheinen'. Man sollte meinen, die beiden genau gleichartig geformten Julian-Stellen schützten sich, was die Schlußkonstruktion betrifft, gegenseitig, sodaß die Annahme, die in beiden übereinstimmende syntaktische Besonderheit werde einem Interpolator verdankt, als reichlich verwegen erscheint. Hätte sich nun R. gar die Mühe gemacht das Vocabularium s. v. *dubito* einzusehen und die Stellen aufzuschlagen, so hätte er bemerken müssen, daß Julian gerade jene Satzstellung gern verwendet, wie noch die uns erhaltenen geringen Excerpte seiner Schriften zu erkennen gestatten: 700 (D. 45, 2, 6), 1 *duobus autem reis constitutis quin liberum sit stipulatori vel ab utroque vel ab altero dumtaxat fideiussorem accipere, non dubito.* 89

(D. 5, 3, 54), 1 *heres debitoris id quod defunctus pignori dederat quin hereditatem petendo consequi possit, dubium non est.* 902 (D. 40, 2, 6) *servus communis quin a minoribus viginti annis dominis possit apud consilium manumitti, quamvis unus ex sociis causam adprobaverit, dubium non est.* — Zu 375 (D. 37, 6, 3), 2 *hoc quemadmodum expediri oporteat, quaeri solet* vermag R. nichts den Passus selbst Belastendes beizubringen; was er auszusetzen hat, findet sich erst mehrere Zeilen später. — Zu 385 (D. 37, 10, 7), 4, wo sich ein *eodem loco rem haberi oportet* findet: 'ich möchte § 4 streichen; er ist zwischen lauter praktischen Fällen die einzige abstrakte Regel'. Wer die lex ansieht, erkennt, wie fest § 4 im Zusammenhange sitzt. — Zu 553 (D. 30, 96), 3 *satisdari oportet*: 'dies ließe sich lesen – ◡ – ◡. Aber durch Einsetzung von *debet* ergäbe sich, was eben so gut ist, – ◡ – – ◡. Auch vorher heißt es *praecipere debebit* (◡◡ ◡ – – ◡)'. Weiter nichts. Es ist wohl überflüssig solche für R. typischen Zirkelschlüsse noch zu kommentieren. — Zu 573 (D. 39, 1, 13), 2 *agere . . . oportet*: 'daß *debet* hier ursprünglich stand, ist nicht sicher, aber möglich, da es später (D. 39, 1, 6) *opponi debent* heißt.'

Anhangsweise (S. 86f.) teilt R. seine Ansicht über den Gesamtcharakter der Digesten Julians mit. Er 'kann nur glauben, daß Julian seine Responsen in der Form, wie er sie erteilte, gesammelt hat; mehr hätte er bei seinem ereignis- und arbeitsreichen Leben auch kaum fertigbringen können'. Soll Mommsens Argumentation (Ges. Schrift. II 7), der zufolge Julians Digesten ein aus dem Unterricht hervorgegangenes und seine Formen widerspiegelndes, überwiegend theoretisches Werk gewesen ist, erschüttert werden, so müßte das eindringender und mit stichhaltigeren Gründen geschehen, als sie R., vorwiegend im Dienste seines Klauselaberglaubens, vorbringt.

Der Ton der Schrift ist erstaunlich; ihr Verfasser spricht, als eröffne er eine neue Epoche der Forschung. Im Namen der Philologie gibt er Versprechungen ab und entwirft ein großes Arbeitsprogramm (S. 85f.). Souverän weist er, der Neuling und juristische Laie, einen erfahrenen Digestenforscher zurecht (S. 100): 'wie die alten Juristen statt dessen gesagt haben, die Frage hat er (G. v. Beseler) sich kaum gestellt. Und doch konnte er aus jeder Sachmonographie lernen, daß man an Stelle eines byzantinischen terminus einen klassischen setzen muß.'

Zu irgend einem brauchbaren Ergebnis hat R.s Arbeit nicht geführt. Sie trotzdem so ausführlich zu besprechen war notwendig, wenn allen an der Interpolationenforschung Interessierten klar erkennbar werden sollte, wie gefährlich es für sie wäre sich auf das Rohr dieser pseudophilologischen Methode zu stützen.[1]) Ein großes Unheil hätte R. aber auch dann angerichtet, wenn nun die vorsichtigen Romanisten, durch sein Verfahren mißtrauisch gemacht, an der Möglichkeit einer soliden und wahrhaft

[1]) Wie schon geschehen ist in dem mir durch die Güte des Verfassers zugeschickten Aufsatz von Ebrard, SavZ. 46, S. 144. — Gegen R. hat sich, wie ich einer freundlichen Mitteilung von Ernst Levy entnehme, bereits Riccobono, Mélanges Cornil (1926) II 283 N. 1, kurz geäußert.

fördernden Mitarbeit der Philologie verzweifelten und in dieser Stimmung zu dem Entschluß kämen hinfort philologische Untersuchungen über die römischen Rechtsquellen nicht mehr zu beachten. Die Forderung, es müsse auch die Interpolationenforschung, von anderen Aufgaben auf diesem Gebiete nicht zu reden, stärker als bisher durch rein philologische Methoden unterstützt und kontrolliert werden, diese Forderung besteht ungemindert weiter; sie kann nicht dadurch diskreditiert werden, daß hier ein Anfänger sich mit untauglichen Werkzeugen an dem schönen, aber schwer zu bearbeitenden Material versucht hat.

Kiel. Eduard Fraenkel.

Fritz Schulz, Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae 1128. Bonn 1926.

Die Schrift, die unter dem Titel Ulpiani liber singularis regularum geht, wird gemeinhin als Auszug aus einem Originalwerk Ulpians angesehen, eben dem lib. sing. regularum, woraus uns in den Digesten und der Collatio im ganzen fünf Bruchstücke erhalten sind, von denen drei in jener Schrift mit nicht erheblichen Abweichungen wiederkehren. Dieser auch früher nicht unbestrittenen herrschenden Meinung sind neuerdings Arangio Ruiz und Albertario entgegengetreten. Jener erklärt die Schrift für einen Auszug nicht aus Ulpian, sondern aus einer zweiten Auflage der Gaianischen Institutionen, dieser für eine Kompilation aus verschiedenen elementaren Schriften Ulpians (vgl. den Bericht Niedermeyers in Bd. 46, 482f. dieser Ztschr.). Als dritter Kämpfer tritt nunmehr Fritz Schulz in die Schranken, und, um es gleich zu sagen, mit scharfen Waffen. Die von ihm verfochtene These (S. 11) aber ist folgende: wir haben überhaupt keine Sammlung klassischer Fragmente vor uns, weder einer einzigen Schrift noch mehrerer Schriften, sondern „eine nachklassische Umformung klassischer Texte". Nachweisbare Quellen dieser nachklassischen Überarbeitung sind nach Sch. die Institutionen des Gaius, ferner „eine Schrift, die unter dem Namen 'Ulpiani liber singularis regularum' in nachklassischer Zeit umlief", dieselbe, die in den Digesten und der Collatio benutzt ist, endlich anscheinend auch Modestins pandectae; daß auch noch gewisse Elementarschriften Ulpians, wie dessen libri VII regularum und institutiones, benutzt sind, ist möglich und wahrscheinlich, aber nicht sicher feststellbar. Bleibt noch die Frage, ob der Verfasser dieses Exzerpts die klassischen Quellen direkt benutzte oder durch Vermittlung einer ihm bereits vorliegenden ebenfalls schon nachklassischen Zwischenquelle. Sch. traut ihm aus guten Gründen die Sorgfalt und den Fleiß nicht zu, den das direkte Exzerpieren und Umformen klassischer Schriften gefordert haben würde, hält daher die zweite Alternative für die wahrscheinlichere und vermutet, ohne dieser Vermutung mehr als eben Wahrscheinlichkeit zuzuschreiben, daß die zu unterstellende Zwischenquelle keine andere sei als der fälsch-

lich dem Ulpian zugeschriebene liber singularis regularum, den in Wirklichkeit ein nachklassischer Verfasser aus den Institutionen des Gaius, Schriften des Ulpian, Modestin und möglicherweise auch noch anderer hergestellt habe. Der liber singularis regularum würde damit in eine Reihe treten mit den pseudoulpianischen opiniones und den pseudopaulinischen Sentenzen.

Es versteht sich, daß ein Gelehrter wie Schulz sich all dies nicht aus den Fingern saugt. Die Basis seiner ganzen Untersuchung bildet eine von ihm hergestellte sehr sorgfältig adnotierte Ausgabe, deren Anmerkungen überall, wo dies möglich ist, die klassische Quelle und ebenso die Kriterien nachklassischer Umgestaltung des Textes festzustellen suchen. Es verlohnt sich, seiner Beweisführung nachzugehen.

Daß das Bruchstück der ursprünglichen Schrift, das uns jetzt allein noch vorliegt, erst in nachklassischer Zeit (nach 320 n. Chr.) aus dieser exzerpiert worden ist, ist längst erkannt (vgl. Mommsen, jur. Schr. II 50). Daß aber auch die unverkürzte Schrift selbst nachklassischen Ursprungs ist, ergibt sich aus untrüglichen Kennzeichen. Mommsen (a. a. O. II 48) hatte der Sprache des Bruchstücks hohes Lob gespendet. Im ganzen und großen ist dieses Lob auch nicht unverdient; aber daneben finden sich oft genug sachliche und sprachliche Mängel der Darstellung, die nicht übersehen werden dürfen und von Sch. (S. 12) gebührend hervorgehoben werden, insbesondere auch manche Worte und Wendungen, die nach den Ergebnissen der modernen Quellenkritik auf einen nachklassischen Verfasser deuten. Dem tritt noch eine von Sch. nicht angestellte Erwägung hinzu. Wir werden uns gewiß nicht wundern, wenn ein Jurist von Bedeutung auch einmal ein Lehrbuch für Anfänger schreibt; aber unglaublich dünkt mich, daß ein Klassiker ein Opus wie dieses zusammengekleistert haben sollte. Denn der sog. liber sing. reg. ist kein Lehrbuch — dafür wäre schon der Raum eines liber viel zu knapp bemessen gewesen —, sondern eine nach einem überkommenen System geordnete Aneinanderreihung meist ganz kurzer elementarer Sätze, ohne alle sei es pädagogischen, sei es wissenschaftlichen Ansprüche, kurz gesagt: eine Eselsbrücke, wie wir deren ja ebenfalls besitzen, aber doch nicht aus der Feder von Juristen von Rang. Mag diese Eselsbrücke noch so viele für uns wertvolle Angaben enthalten, objektiv kann das Verdienst ihres Verfassers nur äußerst niedrig angeschlagen werden. Auch das spricht für nachklassischen Ursprung.

Die nahe Berührung des sog. liber regularum mit den Institutionen des Gaius ist allgemein bekannt. Mit Recht verwirft Sch. (S. 13) die Hypothese, daß die Übereinstimmungen zwischen beiden durch eine beiden gemeinsame Vorlage, ein uns unbekanntes Schulbuch der Sabinianer zu erklären seien. Es wird dabei bleiben müssen, daß die Gaianischen Institutionen selbst eine der vom Verfasser benutzten Vorlagen waren. Sch. (S. 13) glaubt für diese Annahme noch eine besondere Bestätigung in der Tatsache gefunden zu haben, daß gewisse Mängel des uns vorliegenden Textes sich auch bei Gaius fänden, andere sich wenigstens am einfachsten aus der Benutzung des Gaius erklären ließen. Was er

hier beibringt, ist freilich nicht durchweg überzeugend. Wenn z. B. bei Gai. 2, 124 im Cod. Ver. ein sed fehlt und ebenso an der genau entsprechenden Stelle im Cod. Vat. bei Ulp. 22, 17, so kann aus dieser Koinzidenz zweier überaus fehlerreichen Handschriften späterer Zeit sicherlich nicht gefolgert werden, daß der Verfasser der Originalschrift einen mit dem gleichen Fehler behafteten Gaiustext vor sich gehabt und diesen gedankenlos exzerpiert habe. Das gleiche gilt von den Korruptelen, die Schulz bei Ulp. 22, 30 ict. Gai. 2, 168 und Ulp. 24, 16 ict. Gai. 2, 232 hervorhebt. Mehr Gewicht scheint auf den ersten Blick der Hinweis darauf zu haben, daß bei Ulp. 8, 8a und 22, 18 die Anknüpfung mit vero und quoque unmotiviert sei, die gleiche Anknüpfung aber sich auch an den entsprechenden Stellen bei Gai. 1, 104 und 2, 130 finde, hier aber durch das unmittelbar Vorhergehende motiviert. Aber hier muß erwogen werden, daß wir im Cod. Vat. doch nur einen fragmentarischen Auszug vor uns haben, so daß mit der Möglichkeit zu rechnen ist, es sei vor den inkriminierten Stellen etwas weggefallen und daraus die Beziehungslosigkeit des vero und quoque zu erklären. Wenn dagegen bei Ulp. 29, 2 das SC Orfitianum übersehen wird, so scheint mir allerdings mit Sch. die nächstliegende Erklärung dafür die, daß der Verfasser es in seiner Vorlage Gai. 3, 43 nicht erwähnt fand. Ebenso dürfte in 2, 10 die Wendung „heredis aut legatarii vel cuiuslibet extranei" mit Sch. auf das Gaianische Vorbild (Gai. 2, 264) zurückzuführen sein.

Ob zu den Quellen des lib. reg. auch die libri pandectarum Modestins gerechnet werden dürfen? Gewiß ist die Übereinstimmung der von Sch. S. 17 angeführten vier Stellen dieser Schrift mit Stellen der epitome sehr auffallend.[1]) Bemerkenswert ist ferner — dies möchte ich hinzufügen —, daß die weitaus meisten der in den Digesten überlieferten, in der Palingenesie unter Mod. 89—150 zusammengestellten Fragmente der libri pandectarum aus kurzen Sätzen bestehen, die in ihrem Stilcharakter den Regeln des lib. reg. ganz ähnlich sind, nur oft mehr in Details eingehen. Das würde die Annahme einer Benutzung durch den Verfasser der regulae sehr unterstützen. Wenn ich trotzdem Zweifel nicht ganz beiseite schiebe, so liegt das daran, daß wir über die Anlage der libri pandectarum nur so gar wenig wissen. Waren sie ein Originalwerk Modestins oder vielleicht nur, wozu der Titel pandectae gut stimmen würde, ein bloßes Sammelwerk, worin er außer Ergebnissen eigener Arbeit und Erfahrung auch allerlei Lesefrüchte aufstapelte? Letzterenfalls könnten die Übereinstimmungen zwischen pandectae und lib. reg. auch darauf zurückgehen, daß beide aus der gleichen Quelle geschöpft haben, etwa aus Schriften Ulpians.[2])

Die Folgerungen, die aus den Ergebnissen Schulzens für die Textbehandlung gezogen werden müssen, sind sehr bedeutsam. Ebenso

---

[1]) Vgl. schon Albertario, Bull. 32, 82f.

[2]) Dabei mit Albertario a. a. O. gerade an die im ind. Flor. aufgeführten libri X pandectarum Ulpians zu denken, über die wir nichts wissen, sehe ich keinen Anlaß.

wie wir durch die moderne Digestenkritik gelernt haben, daß es ein Fehler war, alle Mängel und Unebenheiten des Textes der Digesten durch Konjekturen heben zu wollen und so die Spuren nachklassischer Einwirkungen zu tilgen, ebenso muß auch der Herausgeber unseres Bruchstücks sich beständig vor Augen halten, daß, was er unter den Händen hat, ein Bruchstück einer nachklassischen Arbeit ist, und sich vor „klassischen Verschlimmbesserungen" hüten. Die Aufgabe ist nicht, den angeblichen Ulpiantext, sondern nur, den Text zu ermitteln, wie er aus der Hand des nachklassischen Verfassers hervorging, und diesen allerdings von Schreiberfehlern und nachträglich eingedrungenen Glossen zu befreien. In seiner eigenen Ausgabe hat Schulz diese von ihm gegebene Richtschnur mustergültig befolgt. Er verfährt darin erheblich konservativer als Krüger und Huschke-Kübler-Seckel. Gewünscht hätte ich nur, daß die Korrekturen von Schreibfehlern wie in andern Ausgaben im Text durch kursive Schrift kenntlich gemacht worden wären. Die kritischen Anmerkungen wird jeder künftige Herausgeber sorgfältig zu berücksichtigen haben.

Freiburg i. B. O. Lenel.

Andrea Guarneri Citati, Contributi alla dottrina della mora. (Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo, Vol. XI pag. 161—328.) Cortona, Francini 1924. 168 S. Lex. 8°.

I.

In einem La mora accipiendi e la liberazione del debitore überschriebenen ersten Teil (pag. 163—221, 311—322) hat der rühmlich bekannte Jünger Riccobonos über eine in letzter Zeit wenig geförderte Grundfrage des Annahmeverzugs neues Licht verbreitet. Wie wirkt das *stare per creditorem quo minus accipiat* auf die Verpflichtung zur Leistung? Nach geltendem Recht beendigt Verzug des Gläubigers das Schuldverhältnis zwar an sich nicht — so wenig als im römischen Recht —, doch kann der Schuldner durch Hinterlegung des Erfüllungswertes für den säumigen Gläubiger es zum Erlöschen bringen, BGB. §§ 372, 1; 383; 385. Die Ergebnisse der zu besprechenden Studie Guarneris gipfeln in dem Satze, daß bereits die Frühbyzantiner sowie — „maestri insuperati nella conoscenza del diritto giustinianeo" — die Glossatoren die bezeichnete moderne Auffassung geteilt haben. Zur Begründung werden von G. zwei oder drei Prinzipien der Kompilation unter sich in Verbindung gebracht: Die Regel der „equiparazione *mora accipiendi* = *solutio*" „che la mora accipiendi estingue senz' altro l'obbligazione", ferner die Gleichungen *depositio* = *oblatio* sowie *denegatio actionis* (= *exceptio doli*) = *liberatio ipso iure* bzw. *officio iudicis*.

Füglich ist die höchste Sorgfalt an kritische Bemühungen um das Verständnis der Quellenaussprüche über die allgemeine Schuldtilgungskraft des Annahmeverzugs gewendet; Quellenanalyse nimmt den größten Teil der Abhandlung in Beschlag. Gelegentliches Vorkommen einer Art Gleichwertigkeit von *solvere*, *offerre* und *liberare* in späten Texten kann nach den Darlegungen G.s in der Tat nicht verkannt werden (die Klammern in den folgenden Texten rühren von G. her):

D. 46, 3, 30 (Ulp. 51 ed.) *Si debitor offerret pecuniam, quae peteretur, creditor nollet accipere, praetor ei denegat actiones*

D. 45, 1, 73, 2 (Paul. 24 ed.) *[. . . . certe . . doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit]*

D. 13, 5, 17 (Paul. 29 ed.) *Sed et si alia die offerat nec actor accipere voluit nec ulla causa iusta fuit non accipiendi, aequum est succurri reo [aut] exceptione [aut iusta interpretatione . . . . .]*

Nov. 91 c. 2 (a. 539) . . . . *ὁ . . δοῦναι βουληθείς, ἐν ᾧ τὴν λῆψιν ὁ λαμβάνειν ἠξιωμένος παραιτεῖται, παραπλήσιός ἐστι τῷ δεδωκότι*

D. 46, 3, 9, 1 (Ulp. 24 Sab.) . . . . *si debitor reliquam partem Stichi solverit [vel per actorem steterit, quo minus accipiat], liberatur*

D. 50, 17, 39 (Pomp. 32 Sab.) *[In omnibus causis] pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat*

D. 46, 3, 72 pr. (Marc. 20 dig.) . . . . *[quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse]* . . . . u. a.

„Ma come deve essere inteso il principio che l'offerta, la mora accipiendi, libera il debitore?" Man könnte die Quellenzeugnisse der Schuldtilgungskraft des Gläubigerverzugs einfach in jedem Fall unter der — unausgesprochenen — Voraussetzung unmöglich gewordener Leistung zu begreifen suchen, denn „la mora del creditore libera il debitore soltanto quando la cosa sia in seguito perita". G. lehnt es jedoch mit Recht ab, seine Entscheidung von der hypothetischen Verschweigung eines wesentlichen Tatumstandes abhängig zu machen. Es ist ihm vielmehr gelungen, unter Berufung auf De Ruggiero, Note sul cosiddetto deposito pubblico o giudiziario in dir. rom. (Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari, Vol. I [1909] 121ff.), im nachklassischen Solutionseffekt der Hinterlegung das zur Ergänzung seiner Formel erforderliche Bindeglied — *mora accipiendi* = *depositio* = *liberatio* — zu entdecken. Wie mir scheint, eine glückliche Kombination, welche durch die schon von Siber, Passivlegitimation bei der Rei vindicatio 65 Anm. 2 vermutete, von G. pag. 216 übersehene Interpolationsannahme zu der c. 10, 2 C. 4, 24 (a. 293) . . . *[. . . et tibi non erit difficilis vel solutione vel oblatione atque solemni depositione pignoris libertatio]* — ganz abgesehen von der Glosse . . . . *vel dicas quod debitor obtulit consignavit et deposuit et tunc ipso iure denegatur actio* zu D. 46, 3, 30 — für die spätrömische Jurisprudenz beinahe zur Gewißheit erhoben wird. Nicht freilich auch für die klassische Zeit; denn die stark überarbeitete c. 19 C. 4, 32 (Diocl.) kann in der Floskel *in publico* des von G. bes. pag. 212

Anm. 3 nicht beanstandeten pr. (mit seinen *usurae licitae* und *legitimae*) verfälscht sein.

Die Versuche G.s, zur Klarheit auch über den klassischen Sachverhalt durchzudringen, machen, wie mir scheint, deshalb nicht durchaus denselben geschlossenen Eindruck, weil sie nicht immer genügend aus dem Rohen herausgearbeitet sind. Allein einen Schritt vorwärts bedeutet auch da die Eliminierung des Satzes vom unmittelbaren Liberationseffekt des Annahmeverzugs und damit verbunden die Widerlegung einer Bemerkung Sibers, der SavZ. 29, 64 Anm. 1 dem Problem noch von der angeblichen Kontroverse zwischen Sabinianern und Proculianern bei Gai. IV 114 beizukommen gesucht habe (Polemik pag. 194ff., 246f., falsche Zitierungen pag. 164 Anm. 4, 246 Anm. 4). Jedoch ist die Behandlung der pag. 165ff. zusammengestellten Quellenbelege für das Prinzip, daß „la mora accipiendi, il rifiuto del creditore di riceversi la prestazione, non liberi il debitore dalla sua obbligazione", etwas vernachlässigt: Bei D. 13, 4, 4, 1 (Ulp. 27 ed.) vermißt man pag. 168 und 206 Anm. 6 mindestens einen Hinweis auf die Revision Beselers, Beitr. z. Kritik d. röm. Rq. I 65, und in D. 33, 6, 8 (Pomp. 6 epist.) ist nicht mit G. nach Riccobono, Riv. dir. civ. 3, 53 n. 6 *impune* für *[periculose]* einzusetzen, sondern der ganze Passus *periculose heredem facturum, si id vinum effundet* samt dem folgenden *sed*, wie gerade auch die Disjunktion verrät, offenbar als Glossem aus einer schon durch Perozzi, Istituzioni 2, 347 n. 7 und nun auch Jörs, System (1927) 128 Anm. 2 (und dort Zit.) mit Grund verdächtigten fremden Sphäre zu streichen.

Die klassischen Verzugsfolgen — grundsätzlich die exceptio doli gegen die actio des Gläubigers — werden durchgehend etwas zu beiläufig erörtert (pag. 171ff., 211, 220f.). Es mag dahingestellt bleiben, ob nicht genauere Ausführung in Einzelheiten sowie straffere Zusammenfassung anzustreben und zu erreichen gewesen wäre gerade auch im Interesse größtmöglicher Überzeugungskraft der Hauptthese, als deren fernere Stützen G. seine weiteren Resultate, obzwar nicht ohne bezeichnendes Schwanken, doch schließlich verstanden wissen will. Nun handelt es sich im wesentlichen um eine im Rahmen der Kritik des fr. 30 D. 46, 3 gehaltene, mit sicheren Strichen entworfene Skizze des Instituts der *Denegatio actionis* und ihres späteren Verfalls (vgl. auch pag. 266ff.), Überlegungen, die inzwischen bereits etwelche Beachtung gefunden haben, z. B. bei Wenger, Institutionen d. röm. Zivilprozeßrechts 128 Anm. 8. G. konnte sich auf entsprechende bei der Entwicklung des Exzeptionsbegriffs beobachtete und nunmehr nach Wlassak, klass. Prozeßformel (1925) zu präzisierende Erscheinungen berufen, um deren Ergründung er selber Verdienste erworben hat, BIDR. 32, 241f.; 33, 208f., vgl. besonders schon Riccobono, Annali Palermo III/IV 591ff., SavZ. 43, 293ff. und anderseits etwa Haymann, SavZ. 38, 220ff. Im übrigen berührt sich die Auffassung G.s von der Denegatio mehrfach nahe mit den bahnbrechenden Untersuchungen von Wlassak, Der Ursprung d. röm. Einrede, i. d. Festg. d. Ztschr. f. Notariat u. freiw. Gerichtsbarkeit i. Ö. z. 50j. Doktorjub. v. Leop. Pfaff, ferner SavZ. 33,

136ff. u. Goldschmidt, Prozeß (1925) 59ff., außerdem mit Biondi, Iudicia bonae fidei I (Ann. Palermo VII 3sgg., 53sgg.) und Messina-Vitrano, La disciplina rom. dei negozi giur. invalidi I: I negozi *iuris civilis* sotto condizione illecita (Annali Perugia 1922). Was jedoch Lévy-Bruhl, La denegatio actionis sous la procédure formulaire (Lille 1924) betrifft, so ist Wlassak, Prozeßformel 138 Anm. 28 sowie G. beizupflichten, der zusammenfassend darüber urteilt: „manca . . . . una dimostrazione adeguata e convincente" (Arch. giur. 93, 142).

Die Lehre, die G. aus D. 46, 3, 30 und ähnlichen Stellen ableitet, lautet etwa folgendermaßen: Denegatio actionis erfolgt, wenn Annahmeverzug durch Offerte und deren Zurückweisung *in iure* vor der Litiskontestation eintritt, mit der Wirkung, daß zwar einerseits gegen den Schuldner im gegenwärtigen Prozeß nicht weiterverfahren wird, jedoch anderseits der Gläubiger seines Anspruchs keineswegs verlustig geht: Erneuter Erhebung des Anspruchs, selbst vor dem Magistrat, der den Rechtsschutz schon einmal verweigert hat, steht vielmehr rechtlich nichts im Wege. Im Kognitionsprozeß dagegen mit seiner typischen Vereinheitlichung bisher getrennter Funktionen muß denegatio actionis notwendig mit dem abweisenden Richterspruch in eins zusammenfallen, können Grundsätze des magistratischen freien Ermessens in Durchführung der Rechtsschutzverweigerung, entsprechend der Übernahme von *ius honorarium* ins *ius civile* (Riccobono), zu Normen des Zivilrechts erstarren, wobei nunmehr, als Rechtserfolg der Denegatio in ihrer neuen Eigenschaft als eines richterlichen Urteils auf Sachabweisung, möglicherweise ohne weiteres die Konsumption des klägerischen Anspruchs eintritt. Insofern dürfen die Epigonen, von ihrem abstrakt-dogmatischen Standpunkt aus, schließlich von *liberatio ipso iure* reden. — Wie man sieht, läßt sich das Resultat G.s unschwer mit bisherigen Kenntnissen vereinigen: Soweit der Gerichtsmagistrat im klassischen Formularprozeß mit Tatsachen, welche ein dem Klagantrag entsprechendes Verfahren zwecklos erscheinen lassen, amtlich befaßt ist, kann er von vornherein das *iudicium* verweigern, ohne daß es überhaupt zur Einfügung einer *exceptio* in eine *formula* kommt.

Prozeßhindernde Tatsachen in diesem Sinne sind anerkanntermaßen auch altes Herkommen und Volksgesetz. G. hat bei Besprechung des fr. 72, 3 D. 46, 3 (pag. 201ff. u. 294f.) die auf Zwölftafelinterpretation bezogene Verkehrssitte des *de furto pacisci* (Rabel, Enzyklopädie d. Rechtswissenschaft I 458) außer acht gelassen, einen Zusammenhang, der inzwischen von Koschaker, Bedingte Novation u. pactum i. röm. R., in den „Abhandlungen z. antiken Rechtsgeschichte", Festschr. f. Gust. Hanausek (Graz 1925) 134ff., 138 erkannt wurde. Die scharfsinnigen Argumentationen K.s schließen außerdem die Vermutung ein, daß hier eine klassische Wurzel der *liberatio ipso iure* ans Licht trete. Gleichwohl will mir scheinen, daß der Gedanke, den Grundsatz des *ipso iure liberari* spätrömischer Rechtseinheitsbestrebungen in Verbindung zu bringen mit ungewisser Kunde einer archaischen Rechtsordnung, das Prinzip der *liberatio officio iudicis* auf solche legendären „Gesetze"

— „*per eminentiam ex lege XII tabularum*“ — zu gründen, nur Epigonen gekommen sein kann, und daß die Frage, wie unter dem Regime der *formulae*, da der Schuldner im gegebenen Fall ja nicht erst *ope exceptionis* zu befreien war, „Aufhebung der Obligation“ anders durchgeführt worden sein kann, als indem der Magistrat zufolge der Gewohnheitsregel die actio pflichtgemäß denegierte, weiterer Klärung bedarf, wobei besonders die treffenden Ausführungen Wlassaks, Urspr. d. röm. Einrede 46f., mit zu berücksichtigen sind. Die grundsätzlichen Veränderungen im Prozeßmechanismus auf der einen und die doktrinäre Gesamthaltung der Privatrechtswissenschaft der nachklassischen Kompilationen auf der anderen Seite reichen m. E. an sich zur Erklärung der Entwicklung aus, ohne daß diese ausnahmsweise bei vereinzelten Instituten, wie dem *pactum* des Diebs, bereits in der klassischen Zeit vorweggenommen sein müßte. So wird es vielleicht doch bei der Streichung auch des Passus *fur condictione liberatur* in D. 46, 3, 72, 3 durch G. bewenden.

II.

Der zweite Teil unter dem Titel Appunti sulla purgatio morae (pag. 222—310) enthält eine Überprüfung der Doktrin vom Leistungsverzug sowie der Aufhebung seiner Folgen. Er ist von großen entwicklungsgeschichtlichen Perspektiven beherrscht.

Nach der Ansicht G.s hätten, bevor der Schuldnerverzug auch durch Einigung mit dem Gläubiger zu beseitigen war, Celsus und Julian erst einmal dem nachträglichen gehörigen Leistungsangebot seitens des Schuldners die moram purgierende Wirkung zuerkannt. Unter Umgehung der nachträglichen Offerte seien die Verzugsfolgen damals noch nicht zu überwinden gewesen, durch förmliches Neuversprechen der Urschuld nach Eintritt der mora habe die ältere Obligation noch nicht noviert werden können und deren mora fortdauern müssen. Erst seit Marcellus sei der klassischen Jurisprudenz hier der entscheidende Fortschritt gelungen: Von nun an habe endlich anstatt der einfachen Leistungsofferte auch der Abschluß jeder neuen vom Urschuldner wie von Dritten und sogar bedingt zu begründenden Stipulation die Verzugsfolgen zu heilen vermocht. Was die prozessuale Durchführung der *purgatio morae* betrifft, so sei grundsätzlich gleichermaßen bei Offerte wie bei Stipulation die actio des Gläubigers vor dem klassischen Magistrat exzeptionsweise ausgeschlossen worden (wofern der Annahmeverzug nicht erst *in iure* eintrat und somit *denegatio actionis* erfolgte, wie im I. Teil zu beweisen war). Die nachklassische *purgatio morae* aber, die bis zur Litiskontestation aufgeschoben werden konnte, habe wiederum im Zeichen der Auflösung der beiden Prozeßinstitute aus der Epoche der *formulae*, nämlich der *denegatio actionis* sowie der *defensio exceptionis*, in der einheitlichen *liberatio ipso iure* bzw. *officio iudicis* gestanden.

Daß es dem Leser im allgemeinen nicht leicht gemacht wird, sich in den Gedankengängen der Schrift zurechtzufinden, sei nur nebenbei bemerkt. Ein gewisser Hang zur Breite, der sich nicht selten in

ermüdenden Wiederholungen ergeht, die rein äußerliche Gliederung des Ganzen z. B. in die 40 durchlaufend numerierten gleichartigen Abschnitte und ganz besonders deutlich die am Ende nachgelieferte stattliche Gebrauchsanweisung (pag. 304—310) bekunden, daß jedenfalls der Formgebung die eigentliche Feile fehlt. Dasjenige, worauf es hier wesentlich ankommt, sind die beiden Hauptthesen G.s: 1., daß die purgatio morae erst in der nachklassischen Periode Wirkungen unmittelbar von Rechts wegen habe erzeugen können, und 2., daß innerhalb der klassischen Entwicklung die erwähnte durch die Namen Julian und Marcellus gekennzeichnete Stufenfolge gegolten habe.

Die Beweisführung ad 1 ist im Zusammenhang mit dem I. Teil m. E. gelungen; insoweit urteilt ebenso auch Koschaker 132, 138. Sie trägt und durchdringt das ganze Lehrgebäude G.s und verbindet dessen beide Teile zu einer höheren Einheit. Die Annahme exzeptions- bzw. denegationsweisen Rechtsschutzes für den Schuldner wird von der Struktur des klassischen Prozesses geradezu gefordert; das ist das stärkste Argument zugunsten der Hypothese, schlagender als die sämtlichen durchweg durch Interpolationen entstellten einzelnen Quellenzeugnisse, die G. beibringt. Unter diesen ragen wieder hervor D. 46, 3, 72 pr. (Marc. 20 dig.) *debitor . . . doli mali exceptione potest se tueri* und D. 13, 5, 17 (Paul. 29 ed.) *aequum est succurri reo [aut] exceptione [aut iusta interpretatione]* sowie etwa noch D. 4, 8, 21, 9 (Ulp. 13 ed.) . . . *[actionem denegari aut] exceptione tutum fore.*

Die zweite Behauptung G.s jedoch hält vorsichtiger Beurteilung kaum stand. Koschaker hat besonders S. 124, 127, 129, 131 Anm. 2, 133 u. 142/3 seiner oben zitierten Abhandlung überzeugend dargetan, daß sich kein derartiger grundsätzlicher Unterschied in der rechtlichen Bewertung der Verzugsfolgen innerhalb der Trümmer der klassischen Überlieferung feststellen läßt. Die Hauptbelege G.s, D. 45, 1, 56, 8 (Jul. 52 dig.), 46, 2, 31 pr. (Venul. 3 stip.) und 46, 3, 72, 2 (Marc. 20 dig.), wozu auch noch D. 2, 14, 27, 1 (Paul. 3 ed.) zu rechnen ist, scheinen des Stipulationsfalles nur deshalb nicht zu gedenken, weil die römischen Quellen berechtigende Verträge auf Leistung an Dritte offiziell nicht anerkennen (C. 8, 37, 3/2, 18, 9, a. 217; vgl. auch Rabel 506). Bedeutet es schon an sich die Wiederholung einer byzantinischen Neigung, Vergleichungen anzustellen, wo Klassiker Gegensätze gesehen haben würden, so muß insoweit das Beweisfundament für die Auseinanderhaltung der beiden latenten systematischen Textgruppen „Offerta di pagamento dopo la mora" (pag. 222—276) und „Seconda stipulazione avente l'oggetto della prima" (pag. 276—304) in sich zusammenstürzen.

Demunerachtet aber steht der Nachweis exzeptionsweiser Wirkung der klassischen Novationsstipulation im Schuldnerverzug fest. Das ist ein dauernder Gewinn, der der Arbeit G.s verdankt wird.

Das Wesen dieser klassischen Exzeption selber aufzuhellen, hat G. sich offenbar nicht vorgenommen. Für ihn handelt es sich da einfach um die *exceptio doli* oder die *exceptio pacti* oder um die „*exceptio pacti conventi vel doli mali*" u. dgl. in den Rechtsbüchern (s. z. B. pag. 308). Das

ungemein verwickelte Problem hat neuerdings Koschaker in der mehrfach erwähnten geistvollen und inhaltschweren Studie, von der Kübler, SavZ. 46, 386ff. berichtet hat (ablehnend auch wiederum seinerseits Riccobono, Mél. Cornil 343 Anm. 1), miterörtert. Nach meiner Art, die Dinge zu sehen, erscheint die Tragfähigkeit der Prämisse einigermaßen zweifelhaft, nämlich der auch schon bei Guarneri pag. 255ff., 279 n. 6 u. 307 auftauchenden Hypothese, die Riccobono, Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali (fr. 4 D. VIII, 1) in der Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit) 3 (1922) 333ff. zu begründen unternahm, daß bereits Sabinus und Cassius zivilen Formalkontrakten ein *pactum* zugrunde gelegt haben, das dem Schuldner nach prätorischem Recht eine *exceptio* gewährte. Demgegenüber neige ich vielmehr der zuletzt von Schulz, SavZ. 43, 211ff., 213 Anm. 1 (mit Literatur) vertretenen Auffassung zu, wonach diese Konstruktion nachklassisch ist, und halte es allgemein für gefährlich, aus Texten, welche mit handgreiflichen Interpolationen versetzt sind, tiefgreifende Schlußfolgerungen für die Entwicklung eines Rechtsinstituts innerhalb der zeitlich von den uns überlieferten Quellen aus dem IV./V. Jahrhundert so sehr entfernten klassischen Epoche zu ziehen. Es scheint mir somit auch fraglich, ob — von der Frage des *pactum tacitum* ganz abgesehen — wirklich gerade wieder Marcellus zuerst es war, welcher der bedingten Novationsstipulation Einwirkungen auf die zivile mora des Urschuldners gestattete; jedenfalls hat es seine Bedenken, einzig auf Grund der beiden Stellen D. 45, 1, 56, 8 und 46, 2, 31 pr. (Julian—Venuleius) die ja möglicherweise bloß zufällig erstmals von der Marcellusüberlieferung wiedergegebene entwickeltere Rechtslage dem klassischen Recht der früheren Kaiserzeit absprechen zu wollen. Meinen abweichenden Standpunkt über solche bloßen Andeutungen hinaus darzulegen und eingehend zu begründen, verbietet der gegenwärtige Rezensionszweck.

Hamburg. Fr. Ebrard.

Miroslav Boháček (da Praga), Note esegetiche. (Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo, Vol. XI pag. 329—384.) Cortona, Francini 1924. 56 S. Lex. 8°.

Die klassische Obligation knüpft wesentlich persönliche Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner. Im Zeitalter des nachklassischen Kognitionsprozesses begann nach B. die Jurisprudenz dagegen schon mehr Verständnis sozusagen auch für die objektive Seite des Schuldbestands zu bewähren. Das zeige sich in einem wichtigen Fall bei der veränderten Behandlung, welche die bedingte Obligation an einigen Stellen des Corpus juris erfahren hat. Während noch bei Gai. III 100 und 101 die altzivile Auffassung konsequent ver-

treten wird, nach der die bedingte Obligation Rechtswirkungen nicht vor Eintritt der Bedingung zu erzeugen imstande war, sei, wie B. pag. 329—341 auseinandersetzt, der alte Grundsatz *obligatio ab herede incipere non potest* zugunsten der modernen Bewertung des Schuldverhältnisses als Vermögensposten in interpolierten Digestentexten preisgegeben, die B. folgendermaßen bereinigen will: D. 18, 6, 8 pr. (*Paul. 33 ed.*) [*constat—praeteritum, si pendente—emptoris*], D. 46, 2, 14, 1 (*Ulp. 7 disp.*) [*novandi causa*] nach Levy Sponsio 34 10, [*licet—videatur*] nach Vassalli BIDR. 27, 222, D. 46, 2, 24 (*Pomp. 5 Plaut.*) [*novandi animo*] nach Merkel Nov. 13, [*non, sed transit—sustinet*] nach J. 3, 15, 4 und D. 39, 5, 2, 5 (*Jul. 60 dig.*) ... *mea* ⟨*non*⟩ *fiet* ...

Wie durch Novation kann Aufhebung der bedingten Obligation auch durch formellen Erlaßvertrag nur wirken, nachdem die Bedingung eingetreten ist und wenn gleichzeitig der Schuldner sowie das Objekt der Obligation noch vorhanden sind [D. 45, 1, 56, 8 (*Jul. 52 dig.*) und D. 46, 4, 12 (*Pomp. 26 Sab.*)]. Dies, die Herausstellung einer byzantinischen Rückbeziehung der Wirkung einer eingetretenen Bedingung auf den Zeitpunkt der bedingten Rechtsbestellung in D. 46, 3, 16 (*Pomp. 15 Sab.*) [*intellegitur iam olim liberatus*] ⟨*liberatur*⟩ und ein Rekonstruktionsversuch an D. 46, 1, 72 (*Gai. 3 verb. obl.*) ist der hauptsächliche Gehalt eines weiteren knapp bemessenen Abschnitts (pag. 379—384).

Die Erhebungen Bs. werden teils als Ergänzungen, teils als Weiterführung der bahnbrechenden Ergebnisse von Vassalli über die Funktionen des bedingten Rechtsgeschäfts (BIDR. 27, 192 ff.), auf denen sie gründen, künftig bei erneuter Aufnahme des Fragenkomplexes mitzuberücksichtigen sein.

Wenn B. sich im Mittelstück seiner Arbeit (pag. 341—379) über einer Analyse des berüchtigten Marcellusfragments D. 46, 3, 72 den Wirkungen der bedingten Novation auf den Leistungsverzug aus der Urschuld zugewendet hat, so kann es unter Bezugnahme auf meine obige Besprechung der Contributi alla dottrina della mora von Guarneri Citati (s. S. 417) sowie auf die übrigen hervorragenden Untersuchungen verwandter Fragen während der letzten Jahre, insbesondere auf Koschaker, Bedingte Novation u. Pactum i. röm. R., in den „Abh. z. Ant. Rechtsgesch.", Festschr. f. G. Hanausek 1925, 132 ff., hier bei der Feststellung bewenden, daß die Ansicht B.s, wonach die bedingte Novation den bei der Urschuld eingetretenen Verzug schon von jeher *ipso iure, officio iudicis* habe beseitigen können, bereits durch Guarneri überholt ist, der für die klassische Periode des Formularprozesses demgegenüber die Wirksamkeit prätorischer Rechtsbehelfe nachgewiesen hat.

Hamburg. Fr. Ebrard.

Mario Rotondi, L'abuso di diritto. (Rivista di diritto civile. 1923.)

Der Bedeutung des Rechtsmißbrauches, der in der italienischen Literatur bisher wenig behandelt wurde und auch in der italienischen Praxis nur als Schikane Beachtung fand, hat M. Rotondi, ein Bruder des bekannten Romanisten, eine eingehende soziologische und rechtsvergleichende Studie gewidmet. Er unterscheidet streng zwischen dem Rechtsmißbrauch (abuso di diritto) als dem weiteren Begriff und der Schikane (atto d'emulazione, aemulatio), bei der der Mißbrauch des Rechtes in der Schädigungsabsicht ohne eigenen Nutzen liegt. Die rechtsgeschichtliche Entwickelung der Schikane verfolgt Verf. in sorgfältiger und gedankenreicher Untersuchung vom römischen Recht bis zu den modernen Kodifikationen. Die besonders eingehende Behandlung des römischen Rechts (Kap. II) bringt nicht nur einen wertvollen Beitrag zur Lehre vom Rechtsmißbrauch und insbes. der Schikane im römischen Recht, sondern auch beachtenswerte Ausführungen zum römischen Wasserrecht. Das III. Kapitel zeigt, wie und unter welchen Umständen das römische Recht bis in die moderne Zeit das abendländische Rechtsdenken zu beeinflussen vermochte. Die geschichtlichen Betrachtungen sollen zugleich die Auffassung des Verfassers über den Begriff und die Bedeutung des Rechtsmißbrauches (Kap. I) stützen; auch über sie ist daher zu referieren.

I. Nach Rotondi ist es unmöglich, den Rechtsmißbrauch in allen seinen Erscheinungsformen juristisch begrifflich zu erfassen. Der Rechtsmißbrauch ist ihm weniger ein juristischer Begriff, als eine soziale Erscheinung, die im Verlauf der Rechtsentwickelung auftritt und deren Bedeutung Rotondi in ihrem gewaltigen Antrieb zur Rechtsfortbildung (valore dinamico) sieht.[1])

Um die individualistischen Triebe des einzelnen mit dem Interesse der Gemeinschaft am sozialen Zusammenleben auszugleichen, gewährt die Rechtsordnung durch die subjektiven Rechte den Rechtsträgern fest umgrenzte Machtgebiete. Theoretisch erscheint es daher einfach und klar, daß rechtmäßig handelt, wer sich innerhalb der Grenzen der subjektiven Rechte hält, widerrechtlich, wer sie überschreitet. Aber diese theoretische Klarheit ist durch die Praxis längst als nicht vorhanden erwiesen. Es bleibt immer ein Zwischenfeld zwischen den Grenzen der beiderseitigen Rechtssphären, in dem die Kämpfe sich abspielen. Denn einmal können die einzelnen Machtbereiche nicht nach objektiven absoluten Merkmalen abgegrenzt werden und sodann ist das Recht beweglich und entwickelungsfähig, so daß sich die ursprüngliche Grenzziehung mit dem Wandel der Rechtsanschauungen verschiebt. Daher kann positivrechtlich nur von Recht oder Unrecht gesprochen werden; sobald die positive Rechts-

[1]) Darin begegnet sich Rotondis Ansicht mit Kohlers Würdigung des „Kaufmann von Venedig".

ordnung eine als mißbräuchlich empfundene Ausübung der Rechtsmöglichkeit verhindert: „Cesse l'abus et le droit commence.“ Dieselbe Handlung kann nicht zugleich Rechtsausübung und doch unerlaubt sein! Aber dieser begriffliche Widerspruch klärt sich sofort bei historisch-soziologischer Betrachtung. Denn nach dieser ist das, was man Rechtsmißbrauch nennt, der Widerstreit zwischen dem durch die positive Ordnung gegebenen Recht und dem neuen Rechtsbewußtsein der Gemeinschaft, die sich gegen die Ausübung des formalen Rechts als unmoralisch auflehnt. Nur solange der Gesetzgeber der geänderten Rechtsauffassung nicht Rechnung trägt, kann von einer mißbräuchlichen Rechtsausübung gesprochen werden.

Der römisch-rechtliche Teil der Abhandlung zeigt, daß auch in Rom der Rechtsmißbrauch seine dynamische Rolle gespielt hat, wenn auch infolge der Rechtsfortbildung durch Prätor, Doktrin und kaiserliche Gesetzgebung der Widerspruch zwischen positiver Satzung und Rechtsbewußtsein seltener empfunden wurde. Als Beispiele führt Verf. das Verbot der Sklavenmißhandlung, die Milderung der patria potestas und die Entwickelung der Schuldhaft an (§ 5). Die Quellen lassen hier noch erkennen, daß ein einzelner Fall, in dem der Berechtigte sein Recht in einer Art und Weise ausübte, die mit dem Rechtsempfinden der Zeit in Widerspruch stand, den Anstoß zu gesetzgeberischem Eingreifen gab. Sicher wurde der Rechtsmißbrauch auch oft mit den Mitteln der Klageverweigerung, der exceptio doli und der Betonung der bona fides bekämpft. Einen streng technischen Ausdruck kennen die Quellen aber weder für den Rechtsmißbrauch (abusus bedeutet in klassischer Zeit wirtschaftlich verbrauchen [und in übertragenem Sinn eine Möglichkeit mißbrauchen [1])]) noch für die Schikane (aemulatio heißt „Wetteifer“, auch „Mißgunst“). Rotondi hat deshalb alle Stellen, die auf den Rechtsmißbrauch und die Schikane bezogen werden oder werden könnten, einer Prüfung unterzogen.[2]) Er teilt sie in drei Gruppen (§ 3): Die 1. Gruppe[3]) enthält Fälle, die nur dem

---

[1]) Es ist nicht richtig, wenn Rotondi behauptet, „abusus nel significato ora corrente“ (S. 211) wäre erst im Mittelalter gebraucht worden. Denn schon in den Dig. kann es in einzelnen Stellen nur den Sinn von „mißbräuchlich benützen“ (male uti) haben; s. z. B Ulp. D. 15. 1. 41 (verbo abuti); Ulp. D. 7, 1. 15 (legato. proprietate abuti; die Beispiele beweisen deutlich, daß abuti hier = male uti); Tryph. D. 3. 5. 37 (licentia abuti); im Codex wird es sogar vorwiegend in diesem Sinne gebraucht; s. C. 7. 6. 1. 12 (remedio abuti) C. 10. 19. 2. 1. (indulgentia) C. 1. 5. 6; 2. 14. 1. 1; 2. 19. 11 (nominibus) C. 1. 11. 6 (auctoritate religionis) C. 9. 51. 13. 2 a (patria potestate) C. 11. 43. 4 (furtivis meatibus). Im Voc. wird deshalb der Sinn richtig mit: male vel usque ad consumptionem uti angegeben.

[2]) Vollständigkeit ist nicht erreicht; so erfahren keine nähere Berücksichtigung: D 8. 2. 41 u. D. 11. 7. 12 pr., die Arangio-Ruiz Ist. I 40/2 zitiert.

[3]) D 47. 10. 44 itp. si tamen—immittitur; aber auch unecht: aut si superior — infuderit (Glossem), Tempuswechsel, Mangel eines auf die Kränkungsabsicht hinweisenden (fumigandi causa entsprechenden) Zusatzes. D 20. 1. 27 Ulp. Note bringt keine objektive Begrenzung des Eigentumsinhalts; der Grund der Haftung für zweckloses Fesseln liegt ja im Pfandvertrag. Also

äußeren Anschein nach etwas mit Schikane zu tun haben (§ 4); unter die 2. Gruppe fallen die Stellen, in denen wirklich vom Rechtsmißbrauch gehandelt wird (§ 5); denen aber das charakteristische Merkmal der Schikane, die Benachteiligungsabsicht, fehlt. So bleiben für die 3. Gruppe (§ 6), Fälle der schikanösen Rechtsausübung, nur 5 Stellen übrig[1]), die eine eingehende textkritische und dogmatische Prüfung erfahren. In Übereinstimmung mit der herrschenden italienischen Lehre[2]) kommt Rotondi zu dem Ergebnis, daß ein Schikaneverbot im klassischen Recht nicht bestand[3]); für die spätere Zeit jedoch verficht er die Ansicht, daß die Entstehung des Schikaneverbots nicht erst der mittelalterlichen Rechtslehre (so Scialoja, Perozzi) zugeschrieben werden darf, sondern seine Wurzeln in einigen ausnahmsweisen Anwendungsfällen der Kompilation ruhen. Die Fälle der dritten Gruppe könnten nicht — wie Perozzi entgegen dem Wortlaut will — als objektive Beschränkungen des Rechtsinhaltes aufgefaßt werden, sondern in ihnen seien die beiden charakteristischen Merkmale des Schikaneverbots, Schädigungsabsicht und Mangel eigenen Vorteils, die die Kompilatoren in die Stellen hineinarbeiteten, nicht wegzudeuten. Auch Rotondi betont, daß die entscheidenden Stellen sich mit der Frage der Wassernutzung befassen, und vermag in Vertiefung der Forschungen Perozzis zu zeigen, daß infolge der besonders gearteten Verhältnisse im Weltreich Justinian das auf italische Verhältnisse zugeschnittene klassische Recht reformierte. Im klassischen Recht sollte die a° aquae pluviae arcendae nur gegen übermäßige Wasserzuführung schützen, nicht aber eine regelmäßige Wasserversorgung sichern. Das genügte für die ländlichen Verhältnisse Italiens; im Orient aber ließen die Bodenverhältnisse ebensosehr Wassermangel befürchten. Deshalb wird jetzt die a° aquae pluviae arcendae auch auf Wasserentziehung erstreckt. In Verbindung mit der erhöhten Bedeutung der Wasserverteilung zeige sich hier in Einzelfällen ein Verbot schikanöser Handlungen. Ein allgemeines Schikaneverbot besteht aber für das justinianische Recht ebensowenig wie im klassischen Recht. So ist es verständlich, daß prinzipielle Sätze wie „qui iure suo utitur, neminem laedit" weder eine Einschränkung erfahren noch in ihnen auf das Schikaneverbot angespielt wird.

Im 3. Kapitel gibt Rotondi einen Überblick über die Entstehungsgeschichte des Schikaneverbots. Er beruft sich hier auf Scialojas Ausführungen[4]) über die Bedeutung des Schikaneverbots im Mittelalter

---

zweifellos ein Fall des Rechtsmißbrauchs; aber innerhalb Vertragsverhältnisse spricht man nicht von Rechtsmißbrauch, sondern Vertragsverletzung.

[1]) D 39. 3. 1. 11 und 12; D. 39. 3. 2. 5 und 9; D. 6. 1. 38.

[2]) Übersicht über die verschiedenen Ansichten: Kap. II § 2. Übrigens lehnt auch die deutsche textkritische Forschung das Schikaneverbot für die klassische Zeit ab; s. Rabel, Grundzüge §§ 5 u. 20.

[3]) Seine Geltung auch für das klass. Recht behauptet Milone (Atti Scienze morali e politiche Napoli, 43, 143), der jede Jtp.annahme mit der seltsamen Begründung ablehnt: „respingerò il comodo sistema di ravvisare interpolazioni dovunque s'incontrino passi ostichi ed incomodi".

[4]) Artikel aemulatio in Enciclopedia Giur. Ital., mir nicht zugänglich.

als grundlegend, vermag aber doch dessen Darstellung zu ergänzen und in einigen Punkten zu berichtigen. Denn während Scialoja nicht nur für das justinianische Recht das Schikaneverbot verneint, sondern seine Entstehung sogar in die Zeit nach Bartolus verlegt, kann Rotondi seine Spuren schon in der ersten Bologneser Zeit nachweisen. Die einzelnen Stellen des justinianischen Rechts, in denen Rotondi eine ausnahmsweise Anwendung des Schikanegedankens findet, bildeten die Grundlage für die allmähliche Anerkennung eines allgemeinen Verbotes im Mittelalter. Schon die Glosse hat in diesen Stellen richtig das subjektive Moment, die Benachteiligungsabsicht, erkannt; sie zieht es sogar zur Erklärung solcher Entscheidungen heran, die auch nach justinianischem Recht noch gar nichts mit dem Prinzip der Aemulatio zu tun hatten (D. 8. 1. 9 und 50. 10. 3 pr.), und sie vergißt nicht, es bei den allgemeinen Regeln (qui iure suo utitur u. dgl.) als Ausnahme zu erwähnen. Aber auch der Glosse ist das Schikaneverbot Ausnahmeerscheinung im Gebiet des Wasserrechts; erst als die dichtere Besiedlung des Landes und die Städtegründung eine gegenseitige Rücksichtnahme der Bewohner erforderten, haben die Postglossatoren das Prinzip auf das Nachbarrecht und Wohnrecht erstreckt und von da aus immer allgemeiner angewandt. Die Ausdehnung des Verbotes auf das Bauwesen erfolgte im Anschluß an D. 50. 10. 3, in der auf den Zweck des Baues abgehoben wird: ad aemulationem, und daher erhielt die Schikane im Mittelalter die Bezeichnung aemulatio. Sobald so unter dem Druck der sozialen Verhältnisse der Begriff der aemulatio allgemeine Bedeutung gewann, machte sich seine Hauptschwierigkeit bemerkbar: der Nachweis der Benachteiligungsabsicht. Theorie und Praxis beschäftigen sich deshalb nach Alciats Vorgang (de praesumptionibus) immer mehr mit der Beweisfrage und es entsteht ein ganzes System von Präsumptionen schikanöser Handlungen. Das aber hat zur Folge, daß jetzt das durch sein subjektives Element gekennzeichnete Verbot durch objektive äußere Merkmale abgegrenzt werden soll. So verdunkelt sich allmählich das allgemeine Prinzip und verschwindet hinter zahlreichen objektiven Rechtsschranken, die nichts anderes sind als Inhalt der einzelnen Rechte. Gerade in diesem Stadium der Entwicklung setzen unter dem Einfluß des Naturrechts die Kodifikationsbestrebungen ein. Das Naturrecht war ein streng logisches System mit individualistischem Gepräge; es erhob Anspruch auf Ewigkeitswert und bemühte sich, Recht, Moral und Religion von einander zu scheiden: so mußte es das Schikaneverbot mit seinem stark moralischen und sozialen Einschlag erst recht ablehnen. Daraus erklärt es sich, daß in die neuen Modifikationen nur einzelne auf die Schikane zurückzuführende Rechtsschranken (Nachbarrecht!) Aufnahme fanden, das allgemeine Verbot aber trotz seiner beherrschenden Stellung im Mittelalter keines dieser Gesetze — vom preußischen Allg. Landrecht abgesehen — aussprach.

Über die modernen rechtsvergleichenden Ausführungen des Verfassers ist hier nichts zu berichten. Nur das von Rotondi kurz er-

wähnte englische Recht verdient hervorgehoben zu werden. In auffälliger Parallele zum klassischen Recht lehnt es jede Beachtung des Motivs der Rechtsausübung ab und sieht selbst die Schikane nur als Angelegenheit der Moral an: „Keep within the law, and you may gratify your malice to your heart's content." [1]) Trotzdem tritt es schikanöser Klageerhebung entgegen, ebenso wie das klassische Recht (Gai. IV 174 ff.) das iudicium calumniae kannte, und die englische equity jurisdiction vermag wie die klassische Praxis im einzelnen Fall den Rechtsmißbrauch auch ohne Schikaneverbot zu treffen.[2])

II. Ohne auf die Grundauffassung des Autors näher einzugehen, sei nur kurz bemerkt: Rotondi ist zuzugeben, daß in vielen Fällen das, was heute als Rechtsmißbrauch erscheint, vor Zeiten durchaus rechtmäßig war. Es kann sich der Rechtsmißbrauch daraus entwickeln, daß die Ausübung eines subjektiven Rechts dem geänderten Rechtsempfinden widerspricht oder unter den geänderten wirtschaftlichen und technischen Bedingungen eine ganz andere Bedeutung gewonnen hat. Aber es ist irrig, daß der Rechtsmißbrauch daraus allein zu erklären sei und nur als eine geschichtlich-soziologische Erscheinung zu verstehen wäre. Verf. betont ja mit Recht, daß für die Praxis das Problem des Rechtsmißbrauches ein solches der Auslegung ist (Kap. VI §§ 1/3), und stellt fest, daß im römischen Recht der Gesetzgeber selten einschreiten mußte, weil die Kunst der römischen Jurisprudenz einer Ausbeutung der formalen Rechtsgeschäfte und der strengen Klagevoraussetzungen entgegenzutreten wußte. Aber er sieht die Aufgabe der Auslegung nur darin, das Recht fortzubilden und durch Anpassung der starren Norm an die neuen Verhältnisse und Anschauungen [3]) dem Rechtsmißbrauch vorzubeugen. Er verwirft sogar ein allgemeines Verbot des Rechtsmißbrauches, weil dieser Begriff der juristischen Charakterisierung entbehre. Es ist auffallend, daß Rotondi bei dieser Erkenntnis der Grenzen der Gesetzgebungskunst gar nicht bemerkt, daß der Rechtsmißbrauch zugleich mit dem Gesetz vorhanden ist, ohne daß sich die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse oder das Rechtsempfinden geändert haben oder auch nur hätten ändern können. Die Niederträchtigkeit versteht es immer, „sich mit beneidenswerter Virtuosität auf dem Boden des formalen Rechts zu bewegen!" (Kohler). Wir haben dafür in Deutschland ein typisches Beispiel in der Gesetz-

[1]) s. jetzt: Law Quarterly Review 40 (1924) 164 ff: Legal morality and the ius abutendi by Carleton Kemp Allen, ein Autor, der leider seine interessanten Ausführungen durch die unwissenschaftliche, gänzlich überflüssige Bemerkung in Mißkredit bringt: the last vestige of l'état c'est moi disappeared from Europe with the fall of the Hohenzollerns (S. 182)!

[2]) Gai I 53 (male enim nostro iure uti non debemus), das Kniep, Rechtsgel. Gaius, S. 40 für nachgaianischen Zusatz erklärt und Rotondi (S. 234/5) kaum würdigt, ist mit Rabel (Grundzüge § 5) für das klass. Recht als Ausdruck des Gedankens des Rechtsmißbrauchs anzusehen.

[3]) Erfreulich, daß Verf. im Widerstreit zwischen positivem Recht und Rechtsempfinden (norma etica), wenn alle Mittel der Auslegung versagen, dem positiven Gesetz den Vorrang einräumt (S. 439).

gebung des unlauteren Wettbewerbs. Kaum war ein Einzeltatbestand geschaffen, schon hatte auch die unlautere Konkurrenz wieder einen neuen Schleichweg gefunden, bis der Gesetzgeber mit der Generalklausel eingriff, die sich die französische Jurisprudenz selbst geschaffen hatte. Die gesetzgeberische Unmöglichkeit, allen Fällen des Lebens gerecht zu werden, unscharfe oder verfehlte Normen sind ebenso häufig Quellen des Rechtsmißbrauches, wie geänderte Verhältnisse und Wandel der Rechtsanschauungen! Das zeigt zugleich, daß Rotondi übertreibt oder nur eine Seite des Problems sieht, wenn er dem Begriff des Rechtsmißbrauchs jede juristische Bedeutung abspricht und der oft wiederholten Anschauung zustimmt, daß es positivrechtlich nur Recht oder Unrecht, aber keinen Rechtsmißbrauch gebe. Gewiß, der Rechtsmißbrauch ist mehr soziale Erscheinung als Rechtsbegriff, insofern bei der Bestimmung dessen, was mißbräuchlich ist, der Auffassung der Rechtsgemeinschaft und den besonderen Verhältnissen Rechnung getragen werden muß. Aber trotzdem ist der Rechtsmißbrauch nicht nur fenomeno sociale, sondern hat auch positivrechtliche Bedeutung; er ist positiver, wenn auch dehnbarer Rechtsbegriff. Rotondi weiß sehr wohl, daß die Rechtsordnung im Widerstreit zwischen Regelrecht und Billigkeit dehnbarer Begriffe nicht entbehren kann. Als solcher Würdigungsbegriff hat der Rechtsmißbrauch seine Stelle im positiven Recht.[1]) Denn der einsichtige Gesetzgeber greift nicht nur nachträglich da ein, wo die Berufung auf ein formales Recht sich als Mißbrauch für das Rechtsgefühl erweist, sondern sucht der Möglichkeit vorzubeugen, daß eine von ihm gewährte Rechtsmacht und die von ihm geschaffenen Rechtsinstitutionen in unmoralischer Art und Weise benutzt werden. Denn das ist das Kennzeichen des Rechtsmißbrauches, daß er sich als eine an sich erlaubte Handlung darstellt, die nur unter den besonderen Umständen, unter denen sie vorgenommen wird, nicht gebilligt werden kann. Nur so ist es erklärlich, daß ein und dieselbe Handlung in gleicher Zeit das eine Mal durchaus rechtmäßig, das andere Mal — unter andern Umständen oder vorgenommen von einer andern Person — aber mißbräuchlich erscheint.

Der romanistischen Untersuchung über das Schikaneverbot ist für das klassische Recht unbedenklich zuzustimmen. Dagegen kann ich Rotondis Ergebnis für das justinianische Recht nicht billigen. Wohl ist in einigen Stellen des Corpus Juris das subjektive Moment der Schädigungsabsicht betont und es ist richtig, daß Perozzis[2]) Deutung, es handle sich hier um objektive Beschränkungen des Rechtsinhalts, gezwungen ist. Aber daraus kann man noch nicht entnehmen, daß

---

[1]) Gesetzgeberisch ist Rabel (Grundzüge § 5) zuzustimmen, daß der Gedanke des Gaius (male enim ...) „den Rechtsmißbrauch in vollstem Maße auszuschließen geeignet wäre (Schweiz. Z. G. B. Art. 2) und das erfolglose Schikaneverbot des § 226 BGB. weit hinter sich läßt“. Rotondi dagegen befürwortet gerade ein Schikaneverbot (s. Kap. VI § 9 u. S. 457).

[2]) Archivio giuridico 53 (1894) 350 ff. (auch — nach Rotondi — Istituzioni I § 78, 394).

durch justinianische Reformen „in taluni casi di particolare interesse economico sociale" das Schikaneverbot „applicazioni sporadiche ed eccezionali" gefunden hätte. Denn das hat Perozzi richtig gefühlt: es ist viel wahrscheinlicher, der Gesetzgeber habe den einzelnen Rechten selbst objektive Schranken gesetzt, als daß er ein so allgemeines Prinzip gefunden und nur für ein enges Sondergebiet[1]) angewandt habe. Man kann zwar aus den für Rotondi maßgebenden fünf Stellen die Kennzeichen der Schikane herauslesen und sie im Sinne des Schikaneverbotes interpretieren. Aber m. E. würde eine derartige Auslegung dem justinianischen Recht nicht entsprechen; denn in ihm bedeuten diese Fragmente nichts anderes als den Ausdruck einer moralisierenden Rechtsauffassung, die für das nachklassische Recht kennzeichnend ist[2]) und die die Byzantiner so oft zur Erforschung des Willens veranlaßt hat. Die entscheidenden Wendungen sind weder dem klassischen Recht — worüber Einstimmigkeit besteht — noch bewußter Änderung der Kompilatoren zuzuschreiben, sondern durch vorjustinianische Textbearbeitungen entstanden und ohne Erkenntnis ihrer Tragweite in das Corpus Juris aufgenommen worden. Die ausnahmsweise Anerkennung des Schikaneverbots kann auch nicht mit einer durch die wirtschaftlichen Verhältnisse bedingten Reform des Wasserrechts in Zusammenhang gebracht werden; denn die aus dem Gebiet des Wasserrechts stammenden Entscheidungen enthalten die Merkmale des Schikaneverbots nicht einwandfrei und die einzige Entscheidung, in der m. E. alle Voraussetzungen der Schikane sich finden, behandelt vereinzelt einen Fall schikanöser Ausübung des ius tollendi.

Rotondi sieht richtig die Merkmale der Schikane in einer Handlung, die normaler Weise eine Rechtsausübung darstellt, aber im besonderen Fall, ohne eigenem Interesse zu dienen, nur von Schädigungsabsicht geleitet ist (S. 211, N. 5). Es ist bezeichnend, daß in keiner der fünf Stellen sich diese Kennzeichen klar ausgesprochen finden und sie nur in einer Stelle vereinigt zu erkennen sind. Gerade die dem Wasserrecht angehörenden Texte ergeben höchstens zusammengenommen die Schikanemerkmale. So fehlt in D. 39. 3. 1. 11 in der Parenthese predesse ... non prohibetur sowohl das positive Erfordernis (Schädigungsabsicht) wie die negative Voraussetzung (Mangel jeden eigenen Interesses). Auch in D. 39. 3. 2. 5 ist die Schädigungsabsicht nicht erwähnt; außerdem handelt es sich hier — wie Perozzi betont — gar nicht um eine an sich erlaubte Handlung. Beide Texte bringen nur in Milderung des klassischen Prinzips eine neue Abgrenzung der beiderseitigen Interessen der Nachbarn, wie das auch der Schlußsatz D. 39. 3. 1. 4 zum Ausdruck bringt. Tatsächlich auf das Motiv abgehoben wird in D. 39. 3. 1. 12 und D. 39. 3. 2. 9; doch fehlt hier die Her-

[1]) Das Wasserrecht. Das ginge noch an. Ganz unverständlich und unerklärlich bleibt es aber, warum das Verbot dann auch noch für Ausübung des ius tollendi erscheint, da zwischen beiden Gebieten doch nicht der geringste Zusammenhang besteht.

[2]) Kunkel, Sav. Zt. 45, 339 und die dort Zit.

vorhebung des objektiven Momentes und der Ausschließlichkeit des Schädigungsmotivs. Es wird lediglich untersucht: was war das für den Eigentümer entscheidende Motiv seines Handelns? Schädigung des Nachbarn oder Verfolgung eigener Interessen? Die Fassung ist negativ: da der Handelnde ohne Schädigungsabsicht eigenen Interessen nachgeht, bleibt er unbehelligt. Daraus folgt positiv lediglich, daß, wenn den Handelnden Schädigungsabsicht leitete, er wegen dieser bösen Gesinnung verurteilt wird. Aber von dem objektiven Mangel eigenen Interesses, dem alleinigen Zweck zu schädigen ist weder die Rede noch kann auf diese Merkmale der Schikane aus der negativen Fassung geschlossen werden. Denn den verschiedenen Möglichkeiten: daß jemand sowohl im eigenen Interesse wie in Schädigungsabsicht oder nur im Glauben an eigenes Interesse, das tatsächlich fehlt, handelt, wird nicht Rechnung getragen[1]). Beide Möglichkeiten bleiben offen, beide würden das Vorliegen einer schikanösen Handlung ausschließen. Es handelt sich daher im Sinne der justinianischen Kompilation auch in diesen Texten nicht um eine Anwendung des Schikaneverbots, sondern lediglich um die Bekämpfung der schuldhaften Schädigung des Nachbarn. Das in den bisher besprochenen Stellen fehlende objektive Merkmal der Schikane kann in D. 6. 1. 38 tatsächlich neben der Schädigungsabsicht festgestellt werden. Denn hier wird die malitia verboten — das ist dasselbe wie in den beiden letzten Stellen — und sie wird gerade darin gesehen, daß die Ausübung des ius tollendi nur den Zweck haben kann, den Eigentümer zu schädigen, ohne dem Besitzer — wie die Beispiele zeigen — einen Vorteil zu bringen. Trotzdem kann auch diese Stelle nicht als Beleg für die — wenn auch vereinzelte — Anwendung des Schikaneverbots durch Justinian dienen. Denn gerade an diesem Fragment läßt sich mit Sicherheit erweisen, daß die Wendungen, in denen die Merkmale der Schikane gefunden werden können, nicht von Justinian, sondern früheren Kommentatoren stammen. Mit Recht bemerkt Beseler (IV 124), der von bonus iudex ab alles streicht, zu diesem Fragment: „Paraphrase, in die Justinian den Satz constituimus . . . potestas eingefügt hat.“ Die sprachlichen Gründe, die in seltsam konservativer Gesinnung neuerdings Bonfante[2]) für die Echtheit der Stelle anführt, sind dagegen schon aus sachlichen Gründen unhaltbar. Echt ist in dieser stark übermalten Stelle: in fundo alieno quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti (?), deinde evincitur; sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis[3]) und wohl auch das Beispiel: si tec-

---

[1]) Es ist auffallend, daß Rotondi hier dieser Möglichkeiten nicht gedenkt, obwohl er (S. 229) aus ähnlichen Erwägungen den animus nocendi für D. 20. 1. 27 verwirft, in der Ulpian ebenfalls die Absicht, den Gläubiger zu schädigen, der Verfolgung eigener Interessen (merentem) gegenüberstellt.

[2]) Storia (1923) II 164 (wo übrigens irrig D. 5. 1. 38 zitiert wird) gegen Istituzioni (1921) 287 [1].

[3]) Ich folge insoweit Riccobono, der für das klassische Recht das „ius separationis“ hier anerkennt (Dal diritto classico XIII) und gerade von der

torium puta, quod induxeris picturasque corradere velis. Sicher Justinian ist zuzuschreiben: constituimus vero, ut si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas. Nun hat „neque indulgendum est . . . nisi ut officias“ gar nichts mit dem kaiserlichen Gesetzesbefehl zu tun. Vielmehr gehört dieser für unsere Betrachtung entscheidende Passus inhaltlich zu dem Satzteil „dum ita ne deterior sit fundus quam si initio non foret aedificatum“, der ebenfalls sicher unecht ist. Der Klassiker, der der Ansicht der Proculianer folgte, läßt den Besitzer alle Sachen wegnehmen, die ihre selbständige Gestalt bewahrt haben und vom Gebäude losgelöst werden können.[1]) Daraus folgt ohne weiteres, daß Wandverputz und Wandgemälde nicht mitgenommen werden dürfen. Der Kommentator dagegen gestattet alles wegzunehmen, was das Grundstück nicht unter den früheren Zustand verschlechtert. Daraus folgt, daß auch solche Gegenstände weggenommen werden dürfen, die keine eigene Individualität mehr besitzen. Diese durch die Erläuterung entstandene Möglichkeit wird durch neque malitiis indulgendum est wieder beseitigt und die Regelung mit dem verwerflichen Motiv begründet; dadurch wird zugleich das klassische Beispiel gerettet. Mitten in dieses Glossem hinein stellte Justinian sein Ablösungsrecht[2])[3]); das zeigt, daß er das Schikaneverbot nicht in die Digesten brachte und die Tragweite der verfänglichen Stelle sicher nicht erkannte. Wie hier, so dürften auch die wasserrechtlichen Fragmente ihre neue Gestalt nicht bewußter Gesetzgebungsabsicht, sondern erläuternden und begründenden Glossemen verdanken. Ohne weiteres ist das Glossem in D. 39. 3. 1. 11 erkennbar. Mag man mit Rotondi der Überzeugung sein, daß superficientem die Parenthese veranlaßt hat, oder mag man — wie ich es für wahrscheinlicher halte — superficientem ex vicini erst einer späteren Hand (als die der Parenthese) zuschreiben, jedenfalls stammt die Parenthese nicht von Justinian. Nur ein Glossator kann den Satz hinter ius esse angefügt — falls nämlich nec. . . . teneri weiteres Glossem ist — oder hier eingeschaltet haben; ein Gesetzgeber, der keine Begründungen zu geben braucht, hätte den Satz als allgemeines Prinzip hinter teneri wirksam angehängt. Der Glossator hat die Bedeutung des Satzes „dum opus in alieno non fiat“ nicht mehr erkannt und wollte nun die von ihm vermißte Begründung selbst geben. Entsprechend

---

a° de tigno iuncto ausgeht, mit der Beseler das ius tollendi nicht für vereinbar hält.

[1]) Siehe oben S. 432 Anm. 3.

[2]) Riccobono aaO. 452 hält „neque malitiis . . . officias“ für echt; darüber wundert sich mit Recht Rotondi, dessen Entgegnung zuzustimmen ist. Allgemein aber wird — bis jetzt Bonfante merkwürdige Bedenken vorbrachte — „constituimus . . . potestas“ Justinian zugeschrieben, ein weiterer Beleg, daß der übrige Text und insbes. „neque . . . officias“ von einem andern Bearbeiter stammt.

[3]) Daraus folgt, daß für das justin. Recht Rotondis gekünstelte Auslegung, die neque malitiis indulgendum est auf constituimus . . . potestas bezieht, nicht zutrifft.

dem Geiste seiner Zeit sieht er den Grund in einer wenig scharfen Billigkeitsformel. Erst später wurde superficientem ex vicini hinzugefügt[1]), entweder, um die Parenthese zu erläutern, oder von Justinian selbst, da ihm der allgemeine Satz zu weit war und er eine Anleitung für einen gerechten Interessenausgleich geben wollte, wie er ja auch sonst durch Grenzmaßstäbe dem richterlichen Ermessen Schranken setzte. Auch in D. 39. 3. 1. 12 ist das Glossem noch erkennbar. Mommsen hat ja schon verbessert: „et sane non debet habere nec de dolo actionem", und so müßte die Stelle auch lauten, wenn sie echt wäre. Aber für die — wenigstens dem Sinne nach echten — Worte nec de dolo actionem wurde später die Begründung gesucht und gefunden: „et sane . . .". Nach klassischem Recht konnte es auf das Motiv der Rechtsausübung gar nicht ankommen, solange der Eigentümer sich innerhalb der Grenzen seines Eigentums hielt, und die actio de dolo konnte selbst bei Schädigungsabsicht nicht gewährt werden. Das verstand man aber nicht mehr in einer Zeit, die das Recht moralisierend betrachtete. Deshalb fragt sich der Glossator, warum Marcellus — oder das 1. Glossem — die actio de dolo ablehne, und er beruhigt sich damit, daß sie Schädigungsabsicht erfordere, die nicht vorliege, wenn der Eigentümer sein Land verbessern wollte. Für den Gesetzgeber wäre die ganze Begründung überflüssig; wollte er die actio de dolo geben, so hätte er sie einfacher positiv gewährt. In der stark verdorbenen l. 2 § 5 D. 39. 3 ist der Schluß von nam hac actione ab allgemein als itp. erkannt. Unmöglich aber stammt der quamquam-Satz von demselben Autor wie der Schluß: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur. Denn der Vordersatz spricht von opinor und führt den Tatbestand des ersten Satzes weiter, während der Schlußsatz auf einmal im Plural maiestatis anordnet, daß aus Billigkeit die Entscheidung begründet ist, genau wie im folgenden § 6 derselbe Schluß: sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus. Beide Sätze sprechen die Sprache des Gesetzgebers. Daraus folgt, daß der quamquam-Satz mit den für die Schikanen in Betracht zu ziehenden Wendungen nicht von Justinian stammt; er ist vielmehr Bemerkung eines Lesers, der den Fall innerlich miterlebt und, ohne sich um die Voraussetzungen der klassischen Klage zu kümmern, dem Betroffenen zu Hilfe kommen will. Dem prodesse mihi, ipsi nihil nociturus des quamquam Satzes entspricht der Schlußteil von D. 39. 3. 2. 9 si . . . noceat, der sicher unecht ist. Das spricht dafür, daß auch hier der Zusatz nicht von den Kompilatoren stammt, sondern auf frühere Bearbeitung zurückzuführen ist. Es ist natürlich zuzugeben, daß es auch möglich ist, daß die Kompilatoren hier Gelegenheit genommen haben, die Unterdrückung der böslichen Absicht wieder einmal zu betonen. Nachdem wir aber in den übrigen Stellen vorjustinianische Erläuterungen feststellen konnten,

[1]) Noch deutlicher wäre das, wenn superfluentem zu lesen wäre. Denn dann wäre der Zusatz einfältige Erklärung des Tatbestandes und hätte mit der Parenthese gar keinen Zusammenhang. Dafür spricht, daß superficere sonst nicht vorkommt.



ist es wahrscheinlicher, daß auch hier ein Glossem vorliegt. Der Glossator hat die objektive Begründung der Entscheidung aus der Klagevoraussetzung des arcere nicht verstanden; ihm ist es allein maßgebend, ob der Schaden absichtlich oder entschuldbarer Weise zugefügt wurde. Es fällt auf, wie töricht der Schlußsatz ist. Durch „ne aqua ad eum perveniat“ bestätigt ja der Tatbestand gerade, daß die Ableitung des Baches „ne sibi noceat“ vorgenommen wurde. Den Anlaß zu der darnach unmöglichen Einschränkung „si modo ... noceat“ boten die Worte „et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur“.[1]) Das objektive Merkmal der Schadenszufügung, das für den Klassiker an dieser Stelle keine Rolle spielt, wird subjektiv bewertet und zum entscheidenden Tatbestandsmerkmal die Willensrichtung bei der Handlung erhoben. Denn so sehr hat der Gedanke, daß man nur und immer für schuldhafte Handlung einzustehen habe, den Kommentator beherrscht, daß er damit den klassischen Text zu erläutern für nötig hielt.

Daß das Schikaneverbot im byzantinischen Recht keinen Platz hatte, bestätigen auch die Basiliken, die Rotondi treffend heranzieht mit dem Bekenntnis, daß sie nur seine negativen, nicht aber seine positiven Schlußfolgerungen bestätigten. Auch sie zeigen eben nur, daß die Erforschung des animus in unseren Fällen eine Rolle spielte, ohne daß in ihnen aber eine klare Erkenntnis der Schikanemerkmale gefunden werden könnte.

Umgestaltungen der klassischen Texte durch mißverständliche Erläuterungen und Zusätze, hervorgerufen durch die das ganze byzantinische Recht durchziehende ethische Bewertung des Rechts und die dadurch veranlaßte Motiverforschung, haben in einigen Stellen den Anschein erweckt, als ob in ihnen vom Verbot schikanöser Handlungen die Rede wäre. Wie aus ihnen eine spätere Zeit allmählich das Schikaneverbot herauslas und verallgemeinerte, hat Rotondi im III. Kapitel — m. E. der beste Teil der Arbeit — lebhaft dargestellt. Für die neuere und neueste Zeit sind des Verfassers Ausführungen sehr belehrend und anregend[2]); gern vermerke ich, daß er sich für einen Ausländer erstaunlich tief in das deutsche Recht eingearbeitet hat und über vorzügliche Literaturkenntnisse verfügt.

Freiberg i. Br. Heinrich Stoll.

---

[1]) Die passive Konstruktion und die doppelte Bedeutung von vicinus (vicino) ist auffällig. Die Entscheidung, die auf arcere abstellt, bedarf der Betonung der Schadenszufügung nicht. Aber es gehört zu den Voraussetzungen der actio a. pl. arc., „ut aqua pluvia noceat“ und die Juristen erwähnen dieses Tatbestandsmerkmal regelmäßig, wenn auch meist in aktiver Form; s. insbes. D. 39. 3. 2. 5: effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret.

[2]) Bisweilen, befürchte ich, hat die soziologische Methode auch hier den Verfasser dazu verleitet, den Gang der Rechtsentwickelung in zu starker Abhängigkeit von geistigen Strömungen zu sehen. So ist es eine geistreiche, aber bisher nicht gesicherte Behauptung, das Schikaneverbot des Pr. A. L. R. — in der Zeit des Naturrechtes eine Ausnahmeerscheinung! — auf den Einfluß der Leibnizschen Philosophie zurückzuführen.

Jacques Lambert, Docteur chargé de conférences à la Faculté de Droit de Lyon, La règle Catonienne, Paris, Giard 1925. 220 S.

Unter sorgfältiger Benutzung der reichen älteren und neueren Literatur über die regula Catoniana macht Verf. den Versuch, den geschichtlichen Ursprung und den Wirkungsbereich dieses Rechtssatzes für das klassische und justinianische Recht neu festzustellen. Daß die Antwort auf die im ersten Kapitel gestellte Frage nach der Zeit seiner Formulierung und der Person seines Schöpfers nicht mehr bieten kann als eine Stellungnahme zu bestehenden Hypothesen, ist bei den vorhandenen Vorarbeiten und dem fast völligen Schweigen der Quellen selbstverständlich. Verf. nimmt an, daß einer der beiden in Frage kommenden Catonen — der 149 a. verstorbene berühmte Censor oder sein Sohn Licinianus (gest. 154 a.) — aus vorliegenden Responsen das uns bei Celsus (D. 34, 7, 1: „Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere") überlieferte Prinzip formuliert habe, daß dieses aber erst etwa zwei Jahrhunderte später ius receptum geworden sei. Er beruft sich dafür vor allem auf die von Gaius (II, 244) bezeugte selbständige Behandlung, die ein typischer Anwendungsfall der Regel (das Legat an den Gewaltunterworfenen des Erben) durch Servius einerseits, die Prokulianer andrerseits erfahren habe, und darauf, daß noch Maecian (D. 35, 1, 86, 1) nur von einer „Catoniana sententia" spricht. Man könnte hinzufügen, daß Celsus selbst an der Fassung der Regel schärfste Kritik übt („quae definitio in quibusdam falsa est"); doch bleibt andrerseits zu bedenken, daß ihr Inhalt, das Erfordernis der Ausführbarkeit eines nicht bedingten Legats zur Zeit der Testamentserrichtung, offenbar für die Hoch- und Spätklassiker trotz der ihnen praktisch unbequemen Konsequenzen feststand. Sie scheinen diesem Satz also doch wohl — vielleicht irrtümlich — ein höheres Alter und damit eine größere Autorität beigelegt zu haben als den Lehrsätzen aus dem Jahrhundert des Schulstreites. Jedenfalls stimmt es nicht recht zu der Hypothese des Verf. von der relativ späten Aufnahme der Regel als Rechtssatz, wenn er S. 148 dieselbe Meinung des Servius und dieselbe Kontroverse der Rechtsschulen über die Behandlung der bedingten Legate dafür ins Feld führt, daß damals die Regel schon seit langem ein unbequemes Überbleibsel gewesen und grundsätzlich in ihrem Anwendungsgebiet eingeschränkt, nicht ausgedehnt worden sei. Das zweite Kapitel ist der Unterscheidung der r. C. von ihren nächsten Verwandten (D. 50, 17, 29. 201. 210) gewidmet. Mit der heute herrschenden Ansicht (vgl. Windscheid-Kipp, 9. Aufl., III § 638 Anm. 15 u. 16) lehnt Verf. die Anwendung der r. C. auf Erbeinsetzungen ab, für die vielmehr ausschließlich die uns durch Licinnius Rufinus (D. 50, 17, 210) überlieferte Regel „quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest" gelte. Den hier zwischen zwei benachbarten Digestenstellen (34, 7, 3 u. 4) prima facie bestehenden,

Gegensatz erklärt er im Sinne der Kodifikation m. E. richtig dahin, daß die Kompilatoren ihrer Praxis die Nichtanwendbarkeit der „regula Catoniana" auf bedingte Erbeinsetzungen einschärfen wollten, da auf diesem Gebiet eine strengere Regel galt (ähnlich Windscheid aaO.); dagegen möchte ich bez. des klassischen Textes doch eher eine nachträgliche Veränderung annehmen als die Echtheit des Ulpianfragments durch Harmonisierungsversuche retten, die einschließlich des vom Verf. selbst unternommenen („on pourrait encore supposer qu'Ulpien donnait un responsum sur les institutions conditionelles, parce qu'on ne l'avait interrogé qu'à ce sujet . . ." S. 40, Anm. 29) außerordentlich künstlich sind. Der zur Not annehmbare justinianische Sinn der Stelle kommt für Ulpian darum nicht in Frage, weil dieser im gleichen Werke (libro XXI ad Sab. D. 30, 41, 2) deutlich sagt, daß er nur den uns aus Celsus im Wortlaute bekannten Regelsatz, nicht seine die bedingten Legate betreffende Ausnahme „Catoniana (regula)" nennt („ad condicionalia Catoniana non pertinet"). Es würde durchaus ihrer sonstigen Arbeitsweise entsprechen, wenn die Kompilatoren durch Einfügung des Wortes condicionales zum Ausdruck des ihnen vorschwebenden Gedankens ein Ulpianfragment geeignet gemacht hätten, das an sich nur, ebenso wie die vorangestellte Papinianstelle, die Nichtanwendbarkeit der Regel auf Erbeinsetzungen ausdrückte. Übrigens stammt diese Konjektur — gestützt auf die Annahme eines Glossems —, wie Verf. (S. 33, Anm. 12) richtig bemerkt, von Anton Faber (Coniect. XII, 19), nicht, wie P. Krüger (ed. ster. XIV. p. 537 n. 2) angab, von Cuiacius, der vielmehr den Widerspruch durch Korrektur des Papinianfragments beheben wollte (Observ. IV, 4 ed. Nap. 1722 Bd. III, Sp. 91 C; vgl. Verf. S. 32 Anm. 11; Lenel, Pal. II p. 1041, n. 1). In der Regel „quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere" (Paulus D. 50, 17, 29) sieht Verf. einen allgemeinen formalen Grundsatz des Inhalts, daß außer einer fehlerlosen Willenserklärung und der Beobachtung der notwendigen Formen bei der Errichtung eines Rechtsgeschäftes noch gewisse „éléments accidentels de l'initium" vorhanden sein müßten, die für die einzelnen Rechtsgeschäftstypen besonders bestimmt würden, für die Stipulation z. B. in Inst. III, 19 §§ 1. 2, für letztwillige Verfügungen im allgemeinen durch die Regel „omnia quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint" (Iavolen D. 50, 17, 201), für Erbeinsetzungen durch die soeben besprochene Regel, für Legate durch die r. C. (S. 49 ff.). Dagegen ist einzuwenden, daß das Nebeneinanderstehen aller dieser Regeln vor unseren Augen doch nur eine Folge ihrer Aufnahme in die Digesten und der jahrhundertelangen Systematisierungsarbeit ist, die an diesem Gesetze geleistet wurde. Nur die r. C. hat, soviel wir wissen, in der Klassikerzeit eine allgemeine Bedeutung gehabt; die drei anderen beanspruchen nichts weiter zu sein als Versuche ihrer Autoren, die These von der grundsätzlichen Unheilbarkeit unwirksamer Rechtsgeschäfte auszudrücken. Wenn dies Iavolen mit Beschränkung auf letztwillige Verfügungen, Paulus in allgemeiner Fassung und dessen Schüler (Kipp,

Geschichte der Quellen[4] 139) Licinnius Rufinus wieder — in deutlicher Anlehnung an die Worte seines Meisters — unter alleiniger Erwähnung der Erbeinsetzung tut, so wird das höchstwahrscheinlich durch den jeweiligen Zusammenhang bedingt gewesen sein, und diese drei Formulierungen ähnlicher Gedanken innerhalb der klassischen Literatur sollen wohl auch bei den Kompilatoren, die sie, an drei Stellen verstreut, in den Schlußtitel der Digesten aufnahmen, keine grundlegende Bedeutung für die Nichtigkeitslehre haben. Auch genügt die Berufung auf einzelne gemeinrechtliche Autoren (S. 50) nicht, um die Behauptung des Verf., es sei bei „den römischen Juristen" eine bestimmte Nichtigkeitsterminologie nachweisbar, zu stützen. Es sei hierzu nur auf Mitteis' Untersuchungen im § 14 seines Privatrechts verwiesen. Dem Ergebnis des dritten, den Ursprung der r. C. behandelnden Kapitels, daß die Bildung der Regel ein bereits mit rechtsverbindlichen Vindikationslegaten, aber noch nicht mit einer Erbeinsetzung ausgestattetes Libraltestament voraussetze, wird man mit der bei allen Fragen des frührömischen Rechts gebotenen Reserve beipflichten können. Das reine Legatentestament steht überall, wo es sich findet, der Schenkung noch so nahe, daß man eine im Sinne der „Konzentration des Rechtsgeschäfts" — diesen Jheringschen Begriff zieht Verf. S. 149 ff. heran — wirkende Regel wohl verstehen kann. Der Ausdruck „dies cedens" verdient allerdings kaum die zentrale Stellung, die ihm Verf. bei dieser Untersuchung zuweist (S. 110): vgl. Mitteis, d. Ztschr. 32, 5 ff. und Sommer, ebda. 34, 394 f. Seine praktische Bedeutung im Erbrecht liegt doch darin, daß er den Beginn der Vererblichkeit der Anwartschaft bezeichnet (Ulpian D. 36, 2, 5. pr.), und es ist wohl nicht gemeint, daß die, wie Verf. S. 112 f. mit Recht hervorhebt, grundsätzlich widerruflichen Legate jener Frühzeit dem Bedachten sofort eine vererbliche Anwartschaft vermittelt hätten. Die Annahme des Verf. (S. 120 f.), das Fraueneinsetzungsverbot der lex Voconia (169 a. Cic. de sen. V, 14) erkläre sich aus sacralen Bedenken und deute darauf hin, daß die von den Komitien nicht kontrollierte Erbeinsetzung damals noch etwas Neues war, scheitert m. E. daran, daß dieses Verbot sich durch die Zensusgrenze (Gai. II, 274) doch deutlich als Luxusgesetz dokumentiert. Die Ausführungen des vierten Kapitels über die zu Anfang der Kaiserzeit gegen die r. C. eingetretene Reaktion verdienen Beifall, namentlich der scharfsinnige Beweis des Satzes von der ursprünglichen Anwendbarkeit der Regel auf bedingte Legate aus Papinian D. 34, 7, 3 in Verbindung mit Ulp. reg. 24, 31 und Iust. C. 6, 51, 1 § 1 c (S. 140 ff.). Das fünfte Kapitel bringt in sorgfältigen Einzelexegesen eine Darstellung der bekannten Anwendungsfälle der Regel im klassischen Recht. In Iulian D. 29, 7, 2, 2 ist der Text nicht durch Streichung des „non" vor recte libertas directa datur zu emendieren (Verf. S. 173, Anm. 29), vielmehr mit Gradenwitz (d. Ztschr. 26, 355 ff.; vgl. auch Windscheid-Kipp III § 630, Anm. 10) eine ungeschickte Verkürzung des klassischen Textes durch die Kompilatoren anzunehmen. Für das byzantinische Recht zeigt Verf. im sechsten Kapitel, daß man trotz der Angleichung der Legate an die Fideikommisse die dem Le-

gatenrecht angehörende r. C. sorgsam aufrecht erhielt, weil man jetzt ihrer Anwendung durchaus günstig gesinnt war. Es leuchtet ein, daß dies mit einer Abschwächung des Unterschieds zwischen Verfügungen unter Lebenden und von Todes wegen zusammenhängt, eine Erscheinung, für die Verf. außer den Briefkodizillen des 3. und 4. Jahrhunderts (S. 197 ff.) und fränkischen Vergabungsurkunden (S. 200) vor allem auf die griechischen Urkunden der östlichen Reichshälfte hätte hinweisen können, die alle Übergangsformen von der Schenkung bis zur echten letztwilligen Verfügung aufweisen (vgl. das ältere Material in meinen Erbrechtlichen Untersuchungen, Leipzig 1919, S. 203 ff.). Die Stipulationsklausel, deren Bedeutung in diesem Zusammenhang Verf. (S. 202) unter Bezugnahme auf zwei Papyrusurkunden (PER 1702 = Preisigke, Sammelbuch 5294 und Cair. Masp. 67324) richtig hervorhebt, tritt in nachantoninischer Zeit öfters auf (die betr. Testamente habe ich aaO. S. 340 zusammengestellt) und zwar gerade in PER 1702 neben einem klaren Vorbehalt der lebenslänglichen freien Verfügung für den Testator. Die Verfügung scheint also hier ebenso, wie es Verf. für das Libraltestament der Zeit Catos annimmt, formell vertragsmäßig und doch materiell unverbindlich (widerruflich) gewesen zu sein. Solche Rückentwicklungen zum Primitiven hat man bekanntlich im byzantinischen Recht auch sonst gefunden (Eigentumserwerb durch Preiszahlung, vielleicht auch periculum emptoris). Die Gesamtleistung des jugendlichen Verf. ist hocherfreulich und berechtigt die romanistische Wissenschaft, seinen künftigen Arbeiten mit den besten Hoffnungen entgegenzusehen.

Münster i. W. H. Kreller.

St. Al. Najdenowicz: Die Formel „solemnis et corporalis traditio" in den ravennatischen Urkunden des VI. u. VII. Jh. und die „traditio corporalis" bei Schenkungen inter vivos im röm. Recht des IV—VI. Jh. Sofia 1924 (bulgarisch).[1]

Nach einer kurzen Einleitung über den Zweck seiner Untersuchung (S. 5—6) stellt der Verf. die einschlägigen Quellen (S. 7/8) und die diesbez. Literatur zusammen (S. 8—10), gibt dann einen kurzen Überblick über die Geschichte der byzantinischen Herrschaft in Italien (S. 11—12), würdigt weiter die Bedeutung der Papyri Martini für die Rechtsgeschichte (S. 12–18) und stellt auf S. 18–22 die Urkunden zusammen, in denen die Worte „solemnis et corporalis traditio" vorkommen. Nach

[1]) Da ich der bulgarischen Sprache nicht mächtig bin, habe ich mich bei meiner Besprechung einer wortgetreuen polnischen Übersetzung bedient, die mir ein in Krakau studierender Student, Herr Cyryl Mirczew aus Sofia, anfertigte. Es sei ihm an dieser Stelle der beste Dank für seine Mühe ausgesprochen.

diesen Bemerkungen kommt der Verf. zu seinem eigentlichen Thema (S. 22—74) und gelangt dabei zu folgenden Resultaten.

Die traditio corporalis advocata vicinitate als Perfektionserfordernis der Schenkung inter vivos, geht auf die Konstitution Konstantins in Fr. Vat. 249 = CTh. 8, 12, 1 zurück (vgl. Riccobono: Mél. Girard II 458; Sav. Ztschr. 34, 168) und lebt in der offiziellen Gesetzgebung (CTh. 8, 12, 2 v. J. 326) mit einer, von demselben Kaiser für Schenkungen inter liberos et parentes statuierten Ausnahme (CTh. 8, 12, 4; 8, 12, 5; auch CTh. 8, 12, 7) bis zur Konstitution der Kaiser Honorius und Theodosius vom J. 417 (CTh. 8, 12, 9) unverändert fort (vgl. Riccobono: Mél. Gir. II 460ff., Sav. Ztschr. 34, 171). In dieser Konstitution wird, entgegen CTh. 8, 12, 8 v. J. 415 n. Chr., die retentio ususfructus der corporalis traditio gleichgestellt (vgl. Riccobono: Sav. Ztschr. 33, 301; 34. 172, 185; Mél. Gir. II 288). Justinian verwirft die corporalis traditio als Perfektionserfordernis der Schenkung und schreibt der einfachen Vereinbarung verbindliche Kraft zu (C. 8. 53, 35 § 5 vgl. Riccobono: Sav. Ztschr. 33, 301).

Das Edictum Theod. (art. 51. 52. 53) behält bei Schenkungen von Immobilien die traditio corporalis adv. vicinitate bei (vgl. Riccobono: Sav. Ztschr. 34, 170) und verordnet, daß dieser Vorgang in die gesta des Ortes, wo sich die Immobilie befindet, einzutragen sei (vgl. Naber: Mnemosyne 24, 161/2).

Dieselben Erfordernisse kehren auch in den Ravennatischen Urkunden aus der Zeit vor dem J. 554 (Pap. Marini No. 83) wieder. Nach der Erstreckung der Geltung der Justinianischen Kodifikation auf Italien wird in den Urkunden die corporalis traditio durch eine auf die retentio ususfructus bez. Klausel ersetzt (Pap. Marini No. 86, 89, 93) und gleichzeitig taucht die traditio cartae auf (vgl. Riccobono: Sav. Ztschr. 34, 216 ff.).

Wie diese Inhaltsübersicht ergibt, bildet die Arbeit des Verfassers nur eine Wiedergabe der bekannten Ausführungen Riccobonos. Die spätere Literatur über den Gegenstand (z. B. Freund: Wertpapiere I 78ff.; Partsch: Ztschr. f. Handelsrecht 70. 463ff.; Druffel: byz. Urkundenwesen 62ff.; sonst noch P. M. Meyer: Ztschr. f. vgl. Rw. 39. 253 und die dort zusammengetragene Literatur) ist dem Verfasser leider unbekannt geblieben.

Krakau. R. Taubenschlag.

Stephan Brassloff, Studien zur römischen Rechtsgeschichte. 1. Teil. Wien und Leipzig 1925. Carl Fromme. 129 S.

In dem vorliegenden ersten Heft der Brassloff'schen Studien werden zwei wertvolle Beiträge zur Rechtsgeschichte der römischen Republik vorgelegt. Beide behandeln kontroverse Probleme. Der erste (S. 1 bis 34) ist die „Befugnis zur Dedikation", der zweite (S. 35—129) dem

„Intestaterbrecht und Noterbrecht der Frauen in der Zeit der römischen Republik" gewidmet.

I. In der ersten dieser Abhandlungen geht der Verf. von der Frage aus, ob Privatpersonen durch private Dedikation allein eine ihnen gehörige Sache zur res sacra machen konnten. Mommsen[1]), Wissowa[2]) und Pottier[3]) hatten diese Frage verneint. Kniep[4]) und ihm folgend Wenger[5]) dagegen nahmen einen teilweise hiervon abweichenden Standpunkt ein: sie erkannten die Zulässigkeit der privaten Dedikation für die Frühzeit der römischen Republik an und lehrten, daß sie erst später unter dem Einfluß der pontifices unzulässig geworden sei; die Hauptstütze dieser jüngeren Lehre ruht in Gai. lib. VI ad leg. XII (= Dig. 44, 6, 3) und in deren Verhältnis zu Gai. Inst. II, 2—5. Gegen die Ausführungen von Kniep und Wenger richtet sich der Verf. Er weist auf den schroffen Widerspruch hin, der nach der Lehre Knieps zwischen Dig. 44, 6, 3 und Gai. Inst. II, 5 besteht. Kniep hatte diesen Widerspruch dadurch beseitigen zu können geglaubt, daß er in Gai. lib. VI ad leg. XII einen Satz von für des Gaius Zeit lediglich provinzialrechtlicher Bedeutung erblickte. Diese Annahme jedoch ist, wie der Verf. zutreffend ausführt, nicht haltbar (vgl. S. 8, 12). Es bleibt alsdann, um den hervorgehobenen Widerspruch zu beseitigen, nur die eine Lösung — da auch die von Pernice[6]) entwickelte und von Mitteis[7]) angenommene Lehre, wonach Dig. 44, 6, 3 sich nur auf den beklagten Nichteigentümer beziehe, keine Abhilfe schafft — in Dig. cit. die „Mitwirkung der pontifices und des Volkes bzw. jener Körperschaft, die zu Gaius' Zeiten ex auctoritate populi handelte" zu subintellegieren. Dies tut denn auch der Verf. (S. 6). Man wird ihm hierbei, trotz mancher Bedenken, um so eher folgen können, als jede Dedikation eine dauernde Belastung der Staatskasse für Kultus und Instandhaltung der res dedicata mit sich brachte und demzufolge nicht ohne Mitwirkung der staatsrechtlichen Faktoren zulässig sein konnte. — Gelegentlich der Besprechung dieser Probleme weist der Verfasser auch die Gleichsetzung der Begriffe 'dedicatio' und 'consecratio', durch welche Kniep[8]) zu einer irrigen Auslegung eines Festusfragmentes (s. v. sacer, Th. S. 466, 468) verleitet wurde, mit Recht zurück.[9])

Sodann nimmt der Verf. Stellung zu der Frage, ob in republikanischer Zeit den obersten Magistratsbeamten die Befugnis zustand, über öffentliches Gut selbstherrlich durch Dedikation zu verfügen. Er bekämpft die von Kniep[10]) vertretene Lehre, wonach „der höchste ordent-

[1]) Röm. Staats-R. II, 61 n. 1; 618.
[2]) Real-Encyclopaedie 4, Sp. 896 f.
[3]) Dictionn. des antiquités II, 1448 ff.; III, 42 ff.
[4]) Gai. inst. Comm. II, 45 ff.
[5]) SB. bayr. Akad. d. Wiss. philos.-philolog. Kl. 1915, S. 28 ff.
[6]) SB. Berlin 1885, 1154. [7]) Röm. PR. 247 n. 47.
[8]) aaO. S. 46.
[9]) Übereinstimmend mit Pernice lc.; Wissowa lc. und Rel. d. Römer S. 385.
[10]) aaO. S. 50/51.

liche Magistrat, der Konsul wie auch der Feldherr, welcher ein Gelübde getan, ... ohne weiteres einen Tempel weihen können". Ausführlich untersucht der Verf. hierbei alle wesentlichen Stellen aus Livius und aus Cicero. Soweit er hierbei seine Kritik gegen Kniep richtet, kann ihm beigetreten werden; soweit er jedoch, darüber hinausgehend, positiv nachzuweisen versucht, daß auch in der Frühzeit der römischen Republik kein Magistrat jemals die selbstherrliche Dedikationsbefugnis besessen habe, kann ich dem Verf. nicht beistimmen. In Frage kommen Liv. II, 27, 5/6; 42, 5; IX, 46, 6/7; XL, 52, 1 einerseits und Liv. XIII, 30, 13/14, sowie Cicero de domo 49, 127; 53, 136 andererseits. Betrachtet man diese beiden Gruppen von Stellen, so ergibt sich, daß die erste Gruppe (Liv. II, 27; 5/6; 42, 5; IX, 46, 6/7; XL, 52, 1) nur Modalitaeten der Ausführung der Dedikation behandelt und nicht die hier interessierende Vorfrage nach der Befugnis zur Dedikation; dies hebt freilich auch der Verf. hervor, aber er bescheidet sich nicht mit dieser Feststellung, sondern glaubt dennoch, darüber hinaus diese Stellen für seine These verwerten zu können. Hierfür ist jedoch nur die zweite Gruppe (Liv. XIII, 30, 13/14, Cicero de domo 49, 127; 53, 136) geeignet. Aber auch hieraus kann jener generelle Schluß, den der Verfasser zieht, nicht begründet werden. Abgesehen von anderen, geringfügigeren Bedenken, ist hier festzuhalten, daß keine Stelle der zweiten Gruppe Beweis macht für die strittige Epoche: die junge römische Republik. Hier besteht in unserer Überlieferung eine Lücke, die nur hypothetisch ausgefüllt werden kann. Dabei aber erscheint mir nicht die These des Verf., sondern die alte Lehre Mommsens[1]) die wahrscheinlichere, wonach das selbstherrliche Dedikationsrecht der obersten Magistrate erst allmählich in Wegfall geriet. Hierbei dürfte die Entwicklung der plebs von großer Bedeutung sein.

II. Die zweite Abhandlung, die ihrer methodischen Strenge wegen besondere Beachtung verdient, ist veranlaßt durch die Untersuchung, die zuletzt Kübler[2]) dem gleichen Gegenstand gewidmet hat; in ihr legt der Verf. alle Argumente, die gegen die Annahme eines Intestaterbrechts und Noterbrechts der Frauen in der römischen Republik sprechen, systematisch vor. Neues Material bringt der Verf. nicht; die Auswertung des alten aber geschieht in oft neuartiger Beleuchtung. Im zusammenfassenden Schlußabschnitt (S. 91—98) kommt er zu dem Ergebnis, daß es zweifelhaft sei, ob die Frauen bereits nach dem XII Tafelgesetz ab intestato erbberechtigt sind und wann die Ansicht, welche die Einsetzungsfähigkeit der Frauen vertrat, zur communis opinio wurde.

1. Um zu diesen Ergebnissen zu gelangen, galt es zunächst die eindeutigen Quellenstellen bei Gajus[3]), Ulpian[4]) und vor allem bei Paulus[5]) in ihrer historischen Glaubwürdigkeit zu erschüttern. „Mehr

[1]) aaO. Bd. II, 619.
[2]) SZ. 1920. 41, S. 15ff.
[3]) Inst. III, 1, 2, 14.
[4]) reg. 26, 1. 6, 8.
[5]) Sent. 4, 8, 22 (= collatio 16, 3, 20).

als einen Bericht über die gangbare Interpretation wird man diese Zeugnisse wohl nicht ansehen können; eine wirklich historische Erkenntnis . . . liegt nicht vor" (S. 46). Folgerichtig lehnt der Verf. hieran anschließend die Auswertung des Dionysiusfragmentes[1]) im Sinne der herrschenden Lehre ab, da „die Tradition nicht zurückführt bis zur angeblichen Entstehungszeit jenes Rechtssatzes" (betr. das Intestaterbrecht der Frauen [S. 47—50]). Mehr als erst zu beweisende Behauptungen über den historischen Wert unserer Stellen stellt der Verf. jedoch nicht auf; gegen dieses Verfahren hat Kübler[2]) schon und mit Recht opponiert; a priori diesen Zeugnissen jeden Wert abzusprechen geht nicht; nur dann, wenn gewichtige Gründe gegen das Frauenerbrecht im alten Rom sprechen, kann den Ausführungen des Verf. über diese Quellenstellen beigetreten werden.

2. Solche Gründe legt der Verf., wenn auch nicht zur Rechtfertigung, sondern zur Verstärkung seiner Auslegung der vorerwähnten Quellen, in großer Zahl vor. Ihr Gewicht jedoch erscheint verschieden.

a) Nicht alle widerstehen einer kritischen Beleuchtung:

Nicht zu beanstanden ist zwar die Feststellung, daß der Wortlaut der XII Tafeln die Frauen nicht ausdrücklich für erbberechtigt ererklärt und daß gerade das hier einschlägige Fragment[3]) das einzig zweifelhafte ist, ob es auf Frauen bezogen werden kann oder nicht (S. 54—57). Daß hier aber eine präzisere Ausdrucksweise des Gesetzes ein besonderes Bedürfnis war und daß daher diese Stelle gegen die herrschende Auffassung spreche, möchte ich nicht ohne weiteres annehmen. Es kann sehr wohl sein, daß sich eine Notwendigkeit, die Frauen im Intestaterbrecht zurückzusetzen, infolge der Natur der familienrechtlichen Verhältnisse in der Frühzeit der römischen Republik gar nicht fühlbar machte, ein Umstand, den bereits Kahn[4]) entwickelt hat.

Der Verfasser weist ferner auf das Prinzip hin, auf dem das Erbrecht der Verwandten überhaupt beruhe, auf den Gedanken, daß der Erblasser in seinen Nachkommen fortlebe, in den Personen, die zu seinem Hause gehören und seinen Namen tragen, und führt im Anschluß hieran aus, daß der Erblasser für eine etwa ausfallende Intestaterbfolge ein Surrogat nur in einem justus filius durch Annahme an Kindesstatt in der Versammlung der wehrfähigen Bürger finden könne (S. 60—63). Gegen die Auswertung dieser Argumente im Sinne des Verf. sprechen jedoch mancherlei Bedenken: einmal ist dieses Prinzip, was der Verf. auch selbst erkennt, bereits in den XII Tafeln dadurch verdunkelt, daß der agnatus proximus, wie auch die gentiles zur Erbfolge zugelassen sind; sodann ist es durchaus zweifelhaft und jedenfalls sehr umstritten, ob denn tatsächlich der Idee der „Fortsetzung der Persönlichkeit des Erblassers" die vom Verf. angenommene prinzipielle Bedeutung zukommt oder ob sie nichts anderes ist als eine nachträgliche

[1]) Dion. Hal. VII, 25. [2]) aaO. S. 25. [3]) Tafel 5 fr. 4, 5.
[4]) Zur Geschichte des römischen Frauenerbrechtes, S. 3f., S. 12.

mühsame Konstruktion, welch' letzteres ich mit Rabel[1]) annehmen möchte[2]).

b) Für die Auffassung des Verf. sprechen folgende, von ihm sorgsam entwickelte Erwägungen:

Zunächst die Sorge für die Erhaltung des Familiengutes, welches der römische Bauer konservativer Natur dauernd den Nachkommen, die seinen Namen tragen, erhalten will (S. 58/59). Heiraten Töchter in eine andere Familie, so kommt auch das Familiengut, sofern Frauen erbberechtigt sind, in fremde Hände. Hieraus ergibt sich die Folgerung im Sinne des Verf. von selbst. Verstärkt wird dieses Argument durch den Zusammenhang zwischen dem Ehehindernis der Verwandtschaft und der erbrechtlichen Sukzession der Frauen. Mit Recht schließt der Verf. daraus, daß das Ehehindernis der Verwandtschaft in der älteren Zeit auch die entfernteren Grade erfaßte, daß die Frauen in dieser Periode kein anerkanntes Intestaterbrecht haben konnten (S. 59/60).

Der Verf. zeigt sodann, daß das Frauenintestaterbrecht deshalb praktisch nicht unumgänglich sei, weil die Versorgungsmöglichkeit der hinterbliebenen Frauen durch entsprechende testamentarische Bestimmungen des Erblassers gewährleistet sei, selbst wenn sie nicht im Testament eingesetzt werden konnten (S. 58). Das ist gewiß richtig; jedoch ist der große Unterschied zu bedenken, der zwischen einer direkten Vermögensversorgung durch Einsetzung im Testament und der vom Verfasser betrachteten indirekten Versorgung der Frau des Erblassers und seiner Töchter besteht. Letztere bietet keine volle Gewähr für die Erreichung des erstrebten Zieles. Erstere ist jedenfalls zur Zeit des Comitialtestamentes mehr als fraglich, wenn nicht durch die Natur dieses Testamentes überhaupt ausgeschlossen.

Aus einer Vergleichung mit anderen antiken Rechten, vornehmlich mit dem griechischen Rechte Schlüsse zu ziehen lehnt der Verf. ab (S. 50 ff.). Es ist prinzipiell unbestreitbar, daß man die „Gesamtheit der Rechtsnormen ins Auge fassen muß, soll die Verwertung der fremdländischen Rechtsentwicklung für die Ergänzung unserer Lücken des römischen Erbrechtes eine wirklich ersprießliche sein"; hierbei aber muß man wohl einschränkend zufügen, daß es auf das Detail der einzelnen Institute nicht ankommt, sondern nur auf die großen Prinzipien, deren Existenz sie voraussetzen. Hiernach zeigt sich erst die vom Verf. betonte Subsidiarität der comparativen Methode als Erkenntnisquelle; von hier aus könnte man wohl auch Analogien zum griechischen Rechte wagen; der Verf. erscheint hier vielleicht zu ängstlich und vorsichtig.

3. Von besonderem Interesse sind die durchweg billigenswerten Ausführungen des Verf. über das Verhältnis der Lex Voconia zum Intestat- (S. 66—72) und Noterbrecht (S. 72—90) der römischen Frauen.

Bei der Schilderung des allgemeinen Charakters dieser Lex lehnt er zunächst mit guten Gründen die Annahme ab, daß es sich um ein

---

[1]) Grdz. S. 519. [2]) Vgl. auch Rabel, Grdz. S. 517 n 2.



Gelegenheitsgesetz [1]) handele. Mit aller Schärfe hebt er den schon früher von anderen [2]) angedeuteten Gedanken hervor, daß das Gesetz nicht an Zuwendungen nahverwandter, sondern fremder Männer denke, da unerlaubte Beziehungen zwischen nahverwandten Männern und Frauen bereits durch die Strafgesetzgebung verpönt waren. Damit beseitigt der Verf. den bekannten Vorwurf gegen die Unvollkommenheit des Gesetzes, die darin bestanden haben soll, daß das Gesetz einerseits das testamentarische Erbrecht der Frauen begrenzte, andererseits aber deren Intestaterbrecht unberührt ließ; nahverwandte Frauenspersonen von einem etwaigen Intestaterbrecht auszuschließen, war kein Anlaß. Ob ein solches nun zur Zeit der Lex Voconia bestand oder nicht, dafür lassen sich aus ihr, wenn man die obige Auslegung der Lex mit dem Verfasser teilt, keine Anhaltspunkte gewinnen (S. 70). Den Standpunkt des Verfassers wird man um so eher billigen können, weil das Gesetz nicht nur über das angebliche Intestaterbrecht nichts aussagt, sondern ebensowenig über Zuwendungen unter Lebenden.[3])

Was schließlich die Lex Voconia und das Frauennoterbrecht betrifft, so nimmt der Verf. an, daß hier ein enger Zusammenhang bestand: Entweder war das Noterbrecht älter als diese Lex und dann wurde es, soweit ihr Einsetzungsverbot reichte, suspendiert; oder es war jünger und dann erübrigt sich jede Diskussion über diese Frage. Der Verfasser hält nach vorsichtiger Abwägung aller Gründe letzteres für wahrscheinlicher und folgert hieraus eine Unterstützung seiner Ansicht. Mehr als hypothetischen Charakter aber legt der Verf. diesen Ausführungen nicht bei. Mit vollem Recht: denn aus der etwaigen Nichtexistenz eines Noterbrechtes der Frauen kann m. E. nicht auf das Vorhandensein eines Intestaterbrechtes geschlossen werden; nur das ist sicher: besteht ein Noterbrecht — und das gerade ist hier streitig —, so besteht notwendig auch ein Intestaterbrecht; die Umkehrung dieses Satzes ist nicht zwingend.

4. Wenn somit auch nicht allen Argumenten des Verfassers gegen die herrschende Lehre — und nur auf solche kam es ihm an — beigetreten werden kann, so ergeben sich doch zum wenigsten aus seinen Ausführungen starke Zweifel an der Existenz eines Intestaterbrechts der Frauen in der Frühzeit der römischen Republik. Das Material, das uns hierüber vorliegt, dürfte nunmehr so sehr erschöpft sein, daß wir auf eine unanfechtbare Lösung im positiven oder negativen Sinne werden verzichten müssen. Das ist das bedeutsame Ergebnis der ergiebigen, dankenswerten Untersuchungen Brassloffs.

Genf, im Oktober 1926. E. H. Kaden.

[1]) so z. B. Kübler, aaO. S. 22. [2]) z. B. Kahn, aaO. S. 45.

[3]) Vgl. auch Scialoja, Dir. ereditario rom., p. 287, dessen Ausführungen der Verf. nicht verwertet.

Evaristo Carusi, Diritto e Filologia. (Risposta di un giurista alle critiche di un filologo.) Bologna (Licinio Cappelli) o. J. (1925). XV, 360 S. 8°. 40 Lire.

Evaristo Carusi, seit 1919 Inhaber der „Cattedra di diritti orientali mediterranei" der Juristischen Fakultät der Universität Rom, geriet mit der zur Facoltà di lettere e filosofia gehörenden Scuola Orientale della R. Università di Roma in Konflikt, als deren Dozentenrat das Ersuchen Carusis um Eingliederung seiner Vorlesungen in den Lehrplan der Scuola Orientale ablehnte. Anregungen, diese Ablehnung der Öffentlichkeit gegenüber zu begründen, veranlaßten ein Mitglied der Scuola Orientale, den Semitisten C. A. Nallino, Carusis Schriften [1]) einer Kritik zu unterziehen [2]), um zu beweisen, daß Carusi weder eine so sichere Kenntnis der orientalischen Rechte, wie sie bei einem Spezialisten vermutet werden müsse, noch eine solche Beherrschung der in Betracht kommenden Sprachen, daß er über die Originaltexte mehr als oberflächlich arbeiten könne, noch eine hinreichende orientalistische Allgemeinbildung besitze. [3]) Auf diese Kritik antwortet Carusi in seinem hier zu besprechenden Buche, das eine weitschweifige und großenteils rein persönlich gehaltene Polemik gegen Nallino darstellt. Dieser hat inzwischen in der Zeitschrift „Oriente Moderno" auf Carusis Antikritik geantwortet. [4])

Bei einer Besprechung des Carusischen Buches müssen natürlich von vornherein die hier nicht interessierenden persönlichen Momente der Polemik ausscheiden. Auch die sachlichen Streitpunkte können, soweit sie auf philologischem Gebiete liegen, in einer juristischen Zeitschrift nicht näher erörtert werden; nur insoweit haben auch diese

---

[1]) Sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano. Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze. Roma 1914 (VII. riunione del sett. 1913), pp. 827—860.

Gli studi dei diritti orientali mediterranei di fronte alla scienza del diritto ed alla politica coloniale. Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze. Roma 1916 (VIII riunione del marzo 1916), pp. 557—600.

Su tre papiri giuridici arabi. Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento. Napoli 1917, pp. 275—329.

Sul frammento L. 38 del libro di diritto siro-romano. Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano, anno XXVIII, pp. 261—328. Roma 1916.

Il problema del diritto comparato, sotto l'aspetto scientifico, legislativo e coloniale. Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze. Roma 1917 (IX riunione dell. aprile 1917), pp. 357—460.

Il problema scientifico del diritto musulmano. Rivista Italiana per le scienze giuridiche, Roma, vol. 60 (1917), pp. 7—88; vol. 61 (1918), pp. 25—107, 145—228.

Per una scienza giuridica orientalistica. Prolusione alla cattedra di ordinario di „Diritti orientali mediterranei" nell' Università di Roma. Rivista Italiana per le scienze giuridiche, vol. 64 (1920), pp. 125—146.

[2]) Gli studi di E. Carusi sui diritti orientali. Rivista degli Studi Orientali, Roma 1921, Vol. 9, pp. 55—182.

[3]) aaO. S. 65.

[4]) Anno V, Nr. 3 (15 marzo 1925), Roma, pp. 157—169.

Punkte für den Juristen Bedeutung, als aus ihnen ein Urteil darüber gewonnen werden kann, ob Carusi seinen Studien über orientalisches Recht eigene philologische Arbeit zugrunde legt und zugrunde legen kann. Allerdings will Carusi, wie er jetzt[1]) betont, nur als Jurist, nicht auch als Philologe gelten; tatsächlich aber hat er sich in seinen früheren Schriften recht häufig auf rein philologisches Gebiet vorgewagt. Aber auch der Jurist, der ex professo, nicht nur als Außenseiter und unter Mitarbeit eines Philologen, auf dem Gebiete des orientalischen Rechts arbeiten will, muß hinreichende sprachliche Schulung besitzen, um selbständig aus den Quellen schöpfen zu können — genau wie der Romanist das Lateinische, der Papyrologe die *κοινή* beherrschen muß. Es läßt sich nicht leugnen, daß in dieser Hinsicht gewichtige Bedenken gegen Carusi bestehen. Nicht nur seine unmöglichen Etymologien[2]), seine unwissenschaftlichen und fehlerhaften Transskriptionen aus dem Arabischen und Syrischen, seine vielfach irrtümlichen und ungenauen Übersetzungen aus diesen Sprachen, sondern auch eine ganze Anzahl schiefer und irriger Ansichten und Bemerkungen allgemeinerer Natur — z. B. seine nur aus völliger Unkenntnis des Gegenstandes zu erklärenden Äußerungen über das türkische Zivilgesetzbuch Meǧelle-i-aḥkām[3]) — weisen auf ungenügende sprachliche Schulung und mangelnde Vertrautheit mit Geschichte und Kultur des Orients im allgemeinen hin. Es ist bedauerlich, daß Carusi nicht wenigstens einen Orientalisten zu Rate gezogen und dadurch solche ärgerlichen, sein Werk diskreditierenden Fehler vermieden hat.

In drei seiner Arbeiten beschäftigt Carusi sich nicht wie in den übrigen mit allgemeinen Problemen, sondern mit konkreten Einzelfragen. Diese drei Arbeiten hat Nallino vornehmlich zum Gegenstande seiner Kritik gemacht. Hier kann natürlich nicht auf die Einzelheiten dieser Arbeiten, sondern nur kurz auf die Hauptfragen eingegangen werden.

In seiner Arbeit „Sul frammento L. 38 del libro di diritto siro-romano" will Carusi, ausgehend von der Hypothese, daß das orientalische Recht beim Abschlusse von Verträgen ganz allgemein ein Rücktrittsrecht anerkenne, das als ius poenitendi ins justinianische Recht aufgenommen worden sei, und daß die arrha die Funktion habe, dieses Recht zu beschränken, in § 38 der Londoner syrischen Handschrift der Leges Constantini Theodosii Leonis dieses Rücktrittsrecht wiederfinden. Er folgt dabei der Bruns-Sachau'schen Interpretation, übersetzt aber den Schluß des ersten Absatzes „et (tunc) pretium explebitur (ab alio emptore) et fiet traditio ei et *ἀρραβών* non dabitur (priori)"; in der Weigerung des Käufers, die gekaufte Sache anzunehmen, will

---

[1]) Diritto e filologia, S. 10.

[2]) z. B. arab. *wāriṯ* = lat. *heres* (Riv. It. per le scienze giur., vol. 60, S. 79, Anm.), arab. *dain* = griech. *δάνειον* (ib. vol. 61, S. 93 ff.), arab. *muflis* = ital. *fallito* (!!) (ib. vol. 60, S. 66) u. dgl.

[3]) Atti della Società It. per il Progr. delle Scienze, IX riun, S. 447 f.

er die Ausübung eines Rücktrittsrechts erblicken. Eine Bestätigung dieser Interpretation glaubt er in Ar. 20 zu finden. An der Richtigkeit dieser Auffassung, die inzwischen auch von Schupfer[1]) und de Francisci[2]) bekämpft worden ist, wird man indessen doch zweifeln müssen. Mag man die den Text unverändert lassende Deutung Nallinos[3]) für richtig halten oder nicht — so ganz unmöglich, wie Carusi meint[4]), scheint sie mir nicht zu sein —, bedenklich ist es jedenfalls schon, in einem so unsicheren Text wie L. 38, dieser crux der Leges, die Bestätigung einer höchst zweifelhaften Hypothese finden zu wollen. zumal da auch für Carusi die Tatsache unerklärbar bleibt, daß wohl der Käufer, nicht aber der Verkäufer ein Rücktrittsrecht haben würde. Der Text selbst bietet aber auch keine hinreichende Unterlage für eine derartige Interpretation; weder in L. 38 noch in Ar. 20 deutet etwas auf ein Rücktrittsrecht des Käufers hin. In L. 38 ist lediglich von einer Annahmeverweigerung des Käufers, in Ar. 20 nur von einer Bitte des Käufers um Aufhebung des Kaufvertrags durch mutuus dissensus (iqāla) die Rede. Auch der Versuch Carusis, im ḫijār almaǧlis des islamischen Rechts das ius poenitendi als allgemein orientalisches Rechtsinstitut zu entdecken, wird kaum Erfolg haben können, denn der ḫijār almaǧlis — die optio manente consessu, wie Sachau übersetzt, d. h. das Recht jeder Vertragspartei, zwischen Rücktritt und Aufrechterhaltung des Vertrages zu wählen, so lange das Zusammensein mit dem Vertragsgegner währt — ist eine Eigenheit der schafiitischen und der (ziemlich bedeutungslosen) hanbalitischen Rechtsschule, keineswegs Gemeingut des islamischen Rechts, und scheint viel eher eine späte Besonderheit dieser beiden Schulen zu sein als auf einen allgemein orientalischen Rechtsgedanken zurückzugehen, der doch wohl auch in den anderen islamischen Rechtsschulen seine Spuren hinterlassen haben müßte.

In dem Aufsatze „Su tre papiri giuridici arabi“ bespricht Carusi drei aus dem Fajjūm stammende arabische Kaufkontrakte der Berliner Sammlung.[5]) Auch hier will er das ius poenitendi wiederfinden, und zwar will er in Anlehnung an Partsch's[6]) Auffassung der *συγγραφὴ ἀποστασίου* in dieser Erklärung eine Bestätigung des Erlöschens des ius poenitendi sehen — eine Ansicht, gegen die sich inzwischen bereits de Francisci[7]) gewendet hat und die auch kaum in den Tatsachen eine

---

[1]) Le contrattazioni nel libro del diritto siriaco-romano. Rivista Italiana per le scienze giur. Vol. 59, 1917, pp. 148 ff.

[2]) de Francisci, Ancora dei diritti orientali mediterranei e dei loro rapporti, Archivio Giuridico, vol. 88, S. 41 ff.

[3]) aaO. S. 83 ff. [4]) Diritto e filologia, S. 142 ff.

[5]) Ägyptische Urkunden aus den Kgl. Museen zu Berlin, hrsg. von der Generalverwaltung. Arabische Urkunden, hrsg. von L. Abel. Band I, Heft 1. Berlin 1896.

[6]) Die demotischen Papyri Hauswaldt, hrsg. u. übers. v. W. Spiegelberg. Mit einem rechtsgeschichtlichen Beitrag von Josef Partsch. Leipzig 1913, S. 11 ff.

[7]) La supposta unità delle forme della vendita nei diritti orientali mediterranei. Riv. It. per le Scienze giur., vol. 66, pp. 3—44.

genügende Stütze finden dürfte. Die Stelle bei Jesubocht[1]), auf die Carusi sich weiterhin für ein ius poenitendi im persischen Recht beruft, ist nicht beweisend, denn es wird dort lediglich gesagt, daß der mündliche Kaufvertrag erst mit der Preiszahlung perfekt werde. Ebensowenig beweist etwas für ein allgemein orientalisches ius poenitendi der Umstand, daß der ḫijār almaǧlis des islamischen Rechts sich im Nomokanon des Barhebraeus wiederfindet, denn dieser enthält im wesentlichen islamisches Recht schafiitischer Prägung.[2])

In seiner Arbeit „Il problema scientifico del diritto musulmano" bespricht Carusi die italienische Übersetzung von Juynbolls „Handbuch des islamischen Gesetzes".[3]) Sicherlich hat Carusi hier Recht mit mancher Kritik der bisherigen Bearbeitungen des islamischen Rechts und mit seiner Ansicht, daß es an einer eigentlich juristischen Bearbeitung noch fehle. Daneben aber finden sich hier vorgefaßte Meinungen, die den Tatsachen nicht gerecht werden. So beherrscht ihn die Tendenz, den Einfluß Muhammeds auf die Gestaltung des Islamrechts zu leugnen und dieses aus dem byzantinischen oder dem christlich-orientalischen Recht abzuleiten. Diese Tendenz führt ihn zu der unhaltbaren Ansicht, daß Muhammed überhaupt nichts Neues erfunden habe[4]) und daß das islamische Recht dem gemeinen römischen Recht gleichzustellen sei.[5]) Zweifellos hat das islamische Recht zahlreiche

---

[1]) V, XI, 1. Sachau, Syr. Rechtsbücher, Band 3, S. 173.

[2]) Vergl. Nallino, Il diritto musulmano nel nomocanone siriaco cristiano di Barhebreo. Rivista degli Studi Orientali, vol. 9, 1923, pp. 512—580. Kohler in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band 19, S. 129. Bedjan S. X f. der Einleitung zu seiner Ausgabe des Nomokanon. Carusi spricht jetzt (Diritto e filologia, S. 243) von den „abbondanti elementi musulmanistici, che ad occhio nudo si vedono diffusi nel trattato siro"; es ist nicht recht verständlich, wie er trotz dieser Erkenntnis immer noch Barhebraeus als Zeugen für ursprüngliches christlich-syrisches Recht anführen und seine frühere Behauptung, daß es absurd sei, an Entlehnungen der christlichen Rechtsbücher aus dem islamischen Recht zu denken (vgl. die Zitate bei Nallino, Riv. degli Studi Or., S. 131), aufrecht erhalten kann (Diritto e filologia S. 247).

[3]) Manuale di diritto musulmano, trad. da Baviera. Milano 1916.

[4]) „Eppure una disposizione simile deve ricollegarsi a qualche elemento storico del passato, od in ogni caso dell' ambiente, da cui lo avrebbe preso il Profeta, il quale non ha nulla inventato, e certissimamente poi in materia di diritto" (Riv. It. per le scienze giur., vol. 61, S. 29.) Vgl. auch die Zitate bei Nallino, S. 118 f.) Jetzt (Diritto e filologia S. 221 ff.) sucht Carusi allerdings seine Behauptung abzuschwächen.

[5]) „Da un lato cioè, il cristianesimo divenne in Europa il fulcro, intorno a cui si raccolse lo spirito ancora vitale del diritto romano, riassorbendo in parte i prodotti del diritto bizantino e largamente le nuove correnti germaniche, in modo da costituire un organismo, base di tutte le civiltà occidentali, al quale è dato il nome rappresentativo di „diritto romano comune". Dall' altro canto, si venne costituendo in Oriente un sistema giuridico, che innestò sullo stesso tronco romano-bizantino i caratteri specifici e le forme mentali dell' Islamismo, e ne risultò quel diritto musulmano, che può ben chiamarsi il diritto comune del mondo islamitico, con parziali irradiazioni anche in Europa" (Riv. It. per le scienze giur., vol. 64, S. 139).

fremde, darunter auch griechische und römische Rechtsgedanken aufgenommen; in welchem Umfange das aber geschehen und was im einzelnen fremden Ursprungs ist, kann erst durch eingehende Einzeluntersuchungen geklärt werden, an denen es bisher noch fast völlig fehlt. Schon jetzt aber läßt sich sagen, daß von einer Entwicklung des Islamrechts aus dem römisch-byzantinischen Recht in der Art, wie das gemeine Recht sich aus dem klassischen römischen Recht entwickelt hat, nicht die Rede sein kann; eine derartige Annahme wird schon durch die ganz andersartige Struktur des islamischen Rechts widerlegt.

Ein Musterbeispiel dafür, wie die erwähnte Tendenz Carusi zu falschen Ergebnissen führt, bildet seine Theorie über den Ursprung des koranischen Prinzips (Sure 4, Vers 12 und 175), daß im Intestaterbrecht zwei Frauen einem Manne gleichstehen.[1]) Carusi geht von den bekannten Tatsachen aus, daß nach Strabo, Geogr. X c. IV § 20 und nach IV § 40 des Gortyner Stadtrechts auf Kreta die Töchter einen halben Sohnesteil erbten, daß der gleiche Grundsatz auch im 19. Jahrhundert auf den Inseln Chios und Andros galt und auch die bekannte Glosse in P. 1 der Leges den Söhnen ²/₃, den Töchtern ¹/₃ der Erbschaft gewährt[2]), und zieht die von Mitteis[3]) bereits erwähnte Stelle aus dem Nomokanon des Barhebraeus (X 1) an, wonach Frauen einen halben Mannesteil erben. Er entdeckt dann bei Jesubocht[4]) und Simeon[5]) die gleiche Behandlung der Frauen und findet den Satz, daß die Tochter einen halben Sohnesteil erbt, auch bei Jesubarnun[6]) als lokales Recht erwähnt. Also, folgert er, ist die angebliche Erfindung Muhammeds nur „una dalle solite imitazioni delle civiltà preesistenti[7]), denn — so meint er jetzt[8]) — es handelt sich bei dem koranischen Prinzip um christlich syrisches Recht, und auch die Glosse in P. 1 erscheint „come la vera interprete del sistema siriaco". Dabei hat Carusi — worauf inzwischen schon de Francisci hingewiesen hat[9]) — übersehen, daß derselbe Grundsatz sich im armenischen Recht[10]) findet, und er hätte auch anführen können, daß auf dem gleichen Prinzip das persische Intestaterbrecht der Sassanidenzeit und der heutigen Parsen

---

[1]) Riv. It. per le scienze giur., vol. 60, S. 82—88.
[2]) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 330—332.
[3]) Ebenda S. 332 Anm 2.
[4]) IV c 1. Sachau, Syr. Rechtsb. III, S. 95 ff.
[5]) § 13. Sachau, aaO. S. 244.
[6]) § 51. Sachau, aaO., Band II, S. 139. Unzutreffend ist Carusis jetzige Behauptung (Diritto e filologia S. 236), daß auch Timotheos den gleichen Satz erwähne (richtig dagegen Riv. It. per le sc. giur. vol. 60, S. 87 Anm.). Vergl. Sachau, aaO. II S. 93.
[7]) aaO. S. 87.
[8]) Diritto e filologia S. 237.
[9]) Archivio Giuridico, vol. 88, S. 51 ff.
[10]) Datastanagirk II c. 63 und 96; Kodex Sempad § 94. Vgl. Karst, Armenisches Rechtsbuch, Band I S. 187 f.; II S. 165 ff.; ferner in Zeitschrift für vergl. Rechtswiss. Band 20, S. 45 ff.

beruht[1]) Alles dies zeigt, daß hier nicht von einem „syrischen System“ gesprochen werden kann, denn die erbrechtliche Gleichstellung zweier Frauen mit einem Manne ist weder Gemeingut der syrischen Rechtsbücher, noch findet sie sich ausschließlich in diesen. In der Tat ist die ganze Schlußfolgerung Carusis verfehlt. Man mag verschieden darüber denken, ob Muhammed das koranische Prinzip „2 Frauen = 1 Mann“ selbst erfunden oder anderswoher übernommen hat; das ist Ansichtssache und wird kaum jemals festzustellen sein, denn für eine solche Feststellung genügt nicht der Nachweis, daß irgendwo einmal der gleiche Rechtssatz gegolten hat, sondern es muß auch der historische Zusammenhang bewiesen werden; hierfür fehlt es aber an jeder Handhabe. Wenn man glaubt, daß Muhammed den Satz übernommen habe, so wird man in erster Linie an irgendein arabisches Stammesrecht als Ursprung denken können; dafür, daß der Satz arabischer Denkart entstammt, scheint jedenfalls die gleichartige Behandlung der Frauen im islamischen Recht hinsichtlich der Beweiskraft ihrer Zeugenaussagen und hinsichtlich des Wergeldes zu sprechen. Denkbar wäre auch eine Entlehnung aus dem persischen Recht angesichts der politischen Beziehungen, die zur Zeit Muhammeds zwischen Persien und Südwestarabien bestanden. Ganz unwahrscheinlich aber ist eine Übernahme des genannten koranischen Prinzips aus Syrien, und zwar nicht nur aus geographischen und historischen Gründen, sondern auch deshalb, weil die Geltung dieses Prinzips in Syrien für die vorislamische Zeit nicht nachzuweisen ist. Die beiden Erzbischöfe, die im Erbrecht zwei Frauen einem Manne gleichstellen, Jesubocht und Simeon, haben in Persien gelebt und für persische Christen geschrieben. Diese aber lebten im wesentlichen nach persischem Recht; das beweist zur Evidenz die Gestaltung des Intestaterbrechts bei Jesubocht, das ebenso wie sein Familien- und sein Vermögensrecht völlig persisches Gepräge zeigt[2]). Jesubarnun erwähnt den Grundsatz nur als lokal geltend — vermutlich im Hinblick auf das Recht der persischen Christen. Die anderen Verfasser syrischer Rechtsbücher aus älterer Zeit, Timotheos und Chenanischo — Mār Abhā behandelt nur das Eherecht —, kennen den Grundsatz überhaupt nicht, sondern behandeln die Frauen erbrechtlich anders. Barhebraeus hat den Satz dem islamischen Recht entnommen und kann daher nicht dessen außerislamischen Ursprung beweisen. Woher der Zusatz in P 1 stammt, ist völlig unaufgeklärt, am wahrscheinlichsten ist auch hier islamischer Einfluß; jedenfalls beweist die Glosse nicht, daß der Satz im vorislamischen Syrien gegolten

[1]) Vičirkart I dēnīk in Sacred Books of the East, Vol. 37, S. 486. Dosabhoy Framjee, The Parsees, London 1858, S. 128 ff.

[2]) Vergl. auch Bartholomae, Die Frau im Sasanidischen Recht, Heidelberg 1924, S. 5. Gerade deshalb ist das Rechtsbuch des Jesubocht von besonderer Bedeutung, weil es uns über das fast verschollene sassanidische Recht, das hochentwickelt gewesen sein muß, einigen Aufschluß gibt. Nallino hat Unrecht, wenn er (a. a. O. S. 72) meint, das Rechtsbuch habe mit dem Recht der Perser nichts zu tun.

hat. Wir können also lediglich feststellen, daß der erbrechtliche Grundsatz „2 Frauen = 1 Mann" auf einigen griechischen Inseln und in Persien, in islamischer Zeit auch in Armenien gegolten hat[1], dagegen nicht, daß er jemals in vorislamischer Zeit in Syrien oder Mesopotamien angewendet worden ist. Damit fällt Carusis Konstruktion einer Entlehnung des Koransatzes aus dem syrischen Recht in sich zusammen.

Es ist aber überhaupt verfehlt, von einem „syrischen System", „syrischen Recht" oder „syrisch-persischen Recht" zu sprechen, wie Carusi tut. Es gibt kein einheitliches syrisches Recht, sondern nur in syrischer Sprache geschriebene Rechtsbücher, die, soweit sie nicht voneinander abhängig sind, insbesondere auf den Leges Constantini Theodosii Leonis beruhen oder eigentliches Kirchenrecht behandeln, je nach dem Wirkungsort ihrer Verfasser verschiedenes lokales Recht enthalten. Von einem „gemeinen syrischen Recht" etwa könnte daher nicht gesprochen werden[2]), sondern höchstens von einem teilweise gemeinsamen Recht der Rechtsbücher, wobei dahingestellt bleiben mag, inwieweit dieses auch praktisch geübt worden ist. Schon aus diesem Grunde ist es auch verfehlt, mit Carusi[3]) von einem „christlichen Recht" des Orients in demselben Sinne zu sprechen wie von jüdischem, islamischem oder zoroastrischem Recht. Daß dieses sogenannte „christliche Recht" seinem ganzen Charakter nach vom jüdischen und islamischen Recht völlig verschieden war, ergibt sich aber auch aus der Wesensverschiedenheit des Christentums einerseits, des Islam und des Judentums andererseits. Das jüdische und das islamische Recht waren ursprünglich nicht nur religiöses, sondern auch staatliches Recht, nämlich das Recht des jüdischen und des islamischen Religionsstaates, die auf der Einheit religiöser und staatlicher Gemeinschaft beruhten dergestalt, daß die Religionszugehörigkeit zugleich die Staatsangehörigkeit bestimmte; nur daraus erklärt sich auch das Weiterleben dieses Rechts in den jüdischen und islamischen Gemeinschaften, als diese ihren staatlichen Charakter tatsächlich verloren hatten. Das Christentum dagegen hat nie einen Religionsstaat gebildet, sondern eine Kirche, d. h. eine vom Staate begrifflich losgelöste religiöse Gemeinschaft; es hat deshalb niemals ein staatliches Recht geschaffen, sondern nur ein Kirchenrecht; daß christliche Gedanken die Rechtsgestaltung in christ-

[1]) Ob er hier ursprünglich war oder, wie de Francisci (Arch. Giur. vol. 88, S. 52) meint, aus dem Islamrecht stammt oder ob er, woran auch gedacht werden könnte, in der Zeit der persischen Herrschaft über Ostarmenien aus dem persischen Recht eingedrungen ist, mag dahingestellt bleiben. Sicherlich unrichtig ist jedoch die Ansicht von Karst, daß der Satz aus dem griechischen Recht übernommen worden sei. Vergl. hierzu Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss., Band 19, S. 114 f., und Klidschian, ebenda, Band 25, S. 255 ff.

[2]) Dies scheint die Auffassung Carusis zu sein. Vergl. „un vero e proprio generale diritto cristiano dell' Oriente" (Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze, VIII riun. S. 570) und „comune diritto cristiano dei Siri e dei Persiani" (Diritto e filologia S. 116).

[3]) Diritto e filologia S. 105.

lichen Staaten maßgebend beeinflußt haben, ändert daran nichts. Als die episcopalis audientia sich auf bürgerliches Recht zu erstrecken begann, schufen sich zwar die Patriarchen und Bischöfe ein weltliches Recht durch Annahme lokalen Gewohnheitsrechts, Benutzung geschriebener einheimischer Rechtsquellen [1]), Zugrundelegung der Leges Constantini Theodosii Leonis oder Rezeption islamischen Rechts [2]), es handelt sich hierbei aber nicht um eigentlich „christliches", d. h. aus der christlichen Lehre abgeleitetes Recht. Im übrigen erscheint es mir auch bedenklich, wenn Carusi von „zoroastrischem" Recht spricht und dieses mit dem jüdischen und dem islamischen Recht in eine Reihe stellt. Das persische Recht, das hier in Frage kommt, ist das der Sassanidenzeit; nur über das Recht dieser Zeit haben wir auch nähere Angaben. Daß das sassanidische Recht zum Teil auf die heiligen Schriften der Mazdareligion zurückgeht, ist sicher; in welchem Umfange dies der Fall ist, wissen wir nicht und werden wir kaum jemals feststellen können, weil die avestischen Schriften nur zum Teil erhalten sind. Im übrigen war die Mazdalehre zwar die Staatsreligion des Sassanidenreiches, dieses war aber kein Religionsstaat wie der jüdische und der islamische Staat. Überdies galt das sassanidische Recht nicht nur für die Zoroastrier, sondern, wie Jesubocht beweist, im wesentlichen auch für die im Sassanidenreiche lebenden Christen. Mir erscheint es daher — mindestens was die Sassanidenzeit betrifft — richtiger, nicht von zoroastrischem, sondern von persischem Recht zu sprechen.

Als die hauptsächlichsten Thesen Carusis kann man wohl mit Nallino ansehen: 1. daß die orientalischen Mittelmeerrechte, zu denen Carusi auch das sumerische, das babylonische, das assyrische und das persische Recht zählt, in historischem Zusammenhange stehen, der auf einen eventuellen gemeinsamen Ursprung dieser Rechte hinweist, 2. daß das römische Recht auf diesem Konglomerat von Rechten weitergebaut hat, indem es mittelst ihrer gemeinsamen Elemente eine neue Einheit schuf und selbst diese gemeinsamen Elemente sich teilweise aneignete [3]). Diese Sätze, deren Unhaltbarkeit bereits de Fran-

---

[1]) So Jesubocht, der, wie Bartholomae, Zum sasanidischen Recht, III, (Heidelberg 1920) S. 47, gezeigt hat, trotz seiner Angaben in Buch I. Kap. I (Sachau, Syr. Rechtsb. III S. 9f.) wahrscheinlich aus schriftlichen Quellen geschöpft hat.

[2]) So Barhebraeus. Vgl. oben S. 449 Anm. 2.

[3]) a) Il concetto, che i vari diritti orientali mediterranei, babilonese, sumerico, assiro, ebraico, siriaco, persiano, greco, bizantino, egiziano, musulmano, rappresentino un plesso storico, ed accennino ad una eventuale derivazione comune, pur restando da investigare le leggi, i modi ed i limiti di un simile grandioso fenomeno.

b) L' altro concetto, che il diritto romano, nelle varie epoche della sua storia gloriosa, abbia operato, nell' ordine giuridico, su questo conglomerato di diritti, così vario bensì, ma riconducibile ad uno spirito unitario, un po' come l' Impero operò, nell' ordine politico, sui vari popoli cui quei diritti si riferivano. E cioè, da un lato, organizzandoli, accostandoli, riducendoli ad una nuova unità sulla media degli elementi comuni; e dall'

cisci[1]) in verschiedenen Schriften nachgewiesen hat, sind nicht nur unbewiesen und mit unseren heutigen Hilfsmitteln unbeweisbar, sondern offenbar unrichtig. Das beweisen schon die weitgehenden und vielfach grundsätzlichen Divergenzen zwischen den einzelnen Rechten, die auf teilweise ganz verschiedenen Rechtsanschauungen beruhen. Es handelt sich um Rechte von Völkern sehr verschiedener Herkunft und Kultur, bei denen zum Teil alle historischen Voraussetzungen für Entlehnungen oder gemeinsamen Ursprung fehlen; es wäre beispielsweise ganz abwegig, Zusammenhänge zwischen dem babylonischen und dem ägyptischen, dem persischen und dem jüdischen oder dem jüdischen und dem griechischen Recht, geschweige denn einen gemeinsamen Ursprung dieser Rechte anzunehmen. Daran ändert auch nichts die vorübergehende politische Zusammenfassung Vorderasiens durch die Perserherrschaft oder die kulturelle Beeinflussung des Orients durch den Hellenismus, denn diese Einflüsse waren bei weitem nicht stark genug, um dem ganzen Orient gemeinsame Rechtsüberzeugungen hervorzubringen. Daß in einzelnen Beziehungen Parallelentwickelungen und gegenseitige Beeinflussungen stattgefunden haben, ist richtig; aber diese reichen nicht im entferntesten aus, um einen historischen Zusammenhang aller orientalischen Rechte zu konstruieren. Daraus ergibt sich auch die Unrichtigkeit der zweiten These Carusis, daß das römische Recht auf einem „Konglomerat der orientalischen Mittelmeerrechte" weitergebaut habe; die orientalischen Elemente, die das römische Recht in sich aufgenommen hat, entstammen einzelnen Rechten, aber nicht einem allgemeinen orientalischen Rechtsbewußtsein.

Schon die wenigen hier kurz besprochenen Beispiele von Aufstellungen Carusis ergeben meines Erachtens, daß man gegen seine Arbeitsmethode grundsätzliche Bedenken erheben muß — ein Eindruck, den ich auch aus dem übrigen Inhalt seiner Veröffentlichungen gewonnen habe, mag Carusi auch — namentlich in seinen Schriften allgemeinen Charakters — manches Richtige gesagt haben. Der Hauptfehler seiner Methode scheint mir darin zu bestehen, daß er zu viel aus zweiter Hand statt aus den Urkunden selbst schöpft und da, wo er auf die ursprünglichen Quellen zurückgeht, in ihnen mehr die Bestätigung vorgefaßter Meinungen zu finden als die Texte zunächst aus ihrem Wortlaut heraus zu verstehen und darauf seine Schlüsse

---

altro, appropriandosi esso stesso in parte questo elemento medio, in modo da rappresentare il tipo di riferimento nelle varie direzioni di influenza sui diritti particolari." (Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze, VIII riun. S. 560; vergl. auch IX riun. S. 360f.)

[1]) I diritti orientali mediterranei e la loro supposta derivazione comune. Rivista Italiana di Sociologia, Vol. 25, 1921, pp. 1—32.

La Scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine. Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, Vol. 1, 1921, pp. 238—249.

La supposta unità delle forme della vendita nei diritti orientali mediterranei. Rivista Italiana per le Scienze giuridiche, Vol. 66, 1921, pp. 3—44.

Ancora dei diritti orientali mediterranei e dei loro rapporti. Archivio Giuridico Vol. 88, 1922, pp. 26—63.

aufzubauen sucht. Dazu kommt, daß ihm vielfach das feine Gefühl für das historisch Mögliche oder Wahrscheinliche fehlt, das freilich nur durch tiefes, gründliches Eindringen in den Geist und die Kultur des Orients gewonnen werden kann. Hier aber machen sich bei Carusi verschiedentlich Lücken bemerkbar, die offenbar für manche seiner Ansichten verantwortlich zu machen sind. Es ist bedauerlich, daß Carusi nicht mehr Wert auf gründliche orientalistische Vorbildung gelegt hat, ehe er daran ging, über orientalisches Recht zu schreiben. Mit programmatischen Ausführungen allein und mit vorschnellen Hypothesen ist der Wissenschaft nicht gedient; nur mühevolle Einzeluntersuchungen an der Hand des vorhandenen Quellenmaterials und auf Grund umfassender orientalistischer Allgemeinbildung können nach und nach das Material liefern, auf dem sich geschichtliche Entwickelungen rekonstruieren und Schlüsse auf Zusammenhänge zwischen den einzelnen Rechten ziehen lassen. Dann wird vielleicht einmal, wenn auch nicht von einer Wissenschaft der orientalischen Mittelmeerrechte, so doch von einzelnen orientalischen Rechtsdisziplinen als ernsthaften wissenschaftlichen Forschungsgebieten die Rede sein können.

Berlin-Zehlendorf. Dr. Erich Pritsch.

Hermann U. Kantorowicz, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik. 1. Bd.: Die Praxis. Ausgewählte Strafprozeßakten des 13. Jahrhunderts nebst diplomatischer Einleitung. Von der Savigny-Stiftung unterstützt. 428 S., 1907. 2. (letzter) Bd.: Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis, nebst textkritischer Einleitung. 451 S., 1926. Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter u. Co.

Daß auch der erste Band des Werkes jetzt erst hier besprochen wird, rechtfertigt sich insofern, als der Zusammenhang des Ganzen bei gesonderter Behandlung der beiden Teile nicht zu seinem Recht gekommen wäre. Statt einer Kritik im eigentlichen Sinn kann freilich nur eine Ankündigung geboten werden. Kaum ein Lebender weiß von Gandinus und vom Strafrecht seiner Zeit soviel wie K., der jahrzehntelange Arbeit daran gewendet hat; ich jedenfalls bin nicht in der Lage, ihn zu berichtigen oder eine Bereicherung der Materie über ihn hinaus beizubringen.[1])

Der landläufigen Betrachtung erstreckt sich die zusammenhängende geschichtliche Fundierung des Strafrechts und Strafprozesses im wesentlichen nur bis zur Carolina und Bambergensis. Ziemlich unverbunden da-

[1]) Verzicht leiste ich auf das Herauspicken vereinzelter Druckfehler und auf den wahrscheinlich erfolglosen Versuch, eines oder das andere der wenigen von K. nicht gefundenen Quellenzitate im Tractatus de maleficiis nachzuweisen, bei dem Zeitaufwand und Ertrag in keinem Verhältnis gestanden hätten.

hinter steht dann einerseits das römisch-byzantinische, andrerseits das ältere deutsche Recht, daneben das kanonische. Aber wie diese Elemente sich vornehmlich in Oberitalien zu dem verschmolzen haben, was uns später etwa in der Bambergensis entgegentritt, und wie sich von der Legistik der Postglossatoren eine selbständige Strafrechtswissenschaft abgespalten hat, das liegt noch vielfach im Dunkeln oder doch im Zwielicht.[1]) K. zeigt im Vorwort des 1. Bandes den einzig möglichen und zugleich notwendigen Weg zu einer künftigen Geschichte des Strafrechts und Strafprozesses dieser Epoche: durch letztere sind eine Reihe detaillierter und exakter Querschnitte zu legen, auf welchen dann die Geschichte der Rechtssätze, der Rechtsdogmen und der Rechtswissenschaft wird aufbauen können. Den ersten Querschnitt zieht er selber durch eine so frühe Zeit, als das erhaltene Material es gestattet, nämlich durch das letzte Viertel des 13. Jahrhunderts, zum Mittelpunkt der Darstellung die Richterpersönlichkeit des Albertus Gandinus wählend. Das ursprüngliche Programm ging dahin, dem ersten Band, der Darstellung der Praxis durch Abdruck derzeitiger Strafprozeßakten, alsbald einen zweiten mit theoretischen Schriften des Gandinus, insbesondere mit dem zwar oft, aber mangelhaft gedruckten Tractatus de maleficiis, folgen zu lassen. Damit wollte K. „den Gegensatz zwischen den Schriften des Theoretikers Gandinus, der diese am liebsten aus lauter Corpus-Juris-Brocken zusammensetzen möchte, und den Handlungen des Richters Gandinus, der Justinians Werk nur vom Hörensagen zu kennen scheint, in seiner ganzen Größe vor Augen führen und als notwendiges Ergebnis einer Zeit erklären, in welcher die Praxis unmöglich wissenschaftlich sein konnte, weil die Wissenschaft noch so wenig praktisch war.“ Dieser Gegensatz bildet nun nach K. zugleich ein Merkmal des scholastischen Geistes in der Rechtswissenschaft, und der Darstellung dieses Geistes wollte K. einen dritten Band widmen, in welchem „bei besonderer Berücksichtigung des so bedeutungsvollen Strafrechts des italienischen Mittelalters und unter steter Vergleichung der drei miteinander ringenden Kräfte: Gesetz, Theorie und Praxis, der Einzug der Theologie in die Rechtswissenschaft geschildert und die Methoden und Vorstellungen, die sie als verhängnisvolles Geschenk mitbrachte, einer genauen Analyse unterzogen werden“ sollten.

Das Programm wurde so nicht durchgeführt. K. verwarf seinen Text des Tractatus de maleficiis, den er schon 1907 für die Edition fertiggestellt hatte. Daß bei der Lage der Textzeugen (vgl. K. in dieser Zeitschrift Bd. 41, 1—30, Bd. 42, 1—44, und „Einführung in die Textkritik“, Leipzig 1921) auf eine eigentliche Rekonstruktion des verschollenen Textes einer der von Gandinus selbst besorgten drei Auflagen („Stufen“)

---

[1]) Soviel darf wohl gesagt werden, ohne etwa die Beschäftigung Kohlers mit dem mittelalterlich-italienischen Strafrecht, oder die „Quellen der Bambergensis“ von Brunnenmeister, oder einzelne Arbeiten zur Gelehrtengeschichte (z. B. E. v. Moellers Studie über Augustinus Bonfranciscus von Rimini, Ztschr. f. d. ges. Strafrechtsw. Bd. 45, 263ff.) in ihrem Wert zu verkennen. Mit weniger Recht wäre in diesem Zusammenhang Bohnes „Freiheitsstrafe in den ital. Stadtrechten des 12.—16. Jahrhunderts“ zu nennen.

doch besser zu verzichten war, wird einleuchtend dargelegt. (Nebenbei: selbst eine so stark systematisierende Theorie der Textkritik wie die eben zitierte „Einführung“ von K. scheint mir unsichtbar dieselbe Überschrift zu tragen, wie sie sichtbar Kurt Riezler seinen Prolegomena zu einer Theorie der Politik gegeben hat: „Die Erforderlichkeit des Unmöglichen“.) So legte K. der Ausgabe des Tractatus zugrunde lediglich den überlieferten Text der besten Handschrift („A“ in Florenz) der dritten und letzten echten Stufe. Dies, der Krieg und andere Gründe haben die Vollendung des 2. Bandes bis jetzt hinausgeschoben. Er ist gegen den ursprünglichen Plan auch insofern geändert, als die zur Aufnahme in ihn vorgesehenen bisher ungedruckten Teile eines anderen Werkes des Gandinus, der Questiones statutorum, in ihm fehlen, und als Leben (und Schriften) des Gandinus nicht in seiner Einleitung, sondern in dieser Zeitschrift Bd. 44, 224—358, geschildert sind.

Der geplante dritte Band schließlich ist, wenigstens als solcher, aufgegeben. K. hält es jetzt für unmöglich (Vorwort zu Bd. 2, S. VI), im Rahmen einer Monographie das Widerspiel der Gegenstände von Bd. 1 und 2, Praxis und Theorie, zu vergleichen und darin das Walten des scholastischen Geistes in der Rechtswissenschaft zu erweisen. Er will versuchen, dieses Problem im Zusammenhang einer umfassenden Theorie und Geschichte der europäischen Rechtswissenschaft zu behandeln, wofür er fast alle seine bisherigen Schriften lediglich als Vorarbeiten betrachtet.

K. erscheint sicher wie Wenige geeignet, ein solches Werk zu schaffen[1]), wenn man seine rechtshistorische Qualifikation als solche betrachtet. Wird er aber auch der Scholastik gerecht werden? Als ein Gründer und Führer der Freirechtsbewegung ist er der scholastischen[2])

---

[1]) Auch wenn es Vinogradoff noch vergönnt gewesen wäre, seine „Mediaeval Jurisprudence of Western Christendom“ fertigzustellen, so wäre daraus, wie die beiden ersten Bände der Outlines of Historical Jurisprudence zeigen, doch mehr ein Lehrbuch für Studierende geworden, das sich außerdem wohl weniger auf unmittelbare Anschauung der Quellen als auf Arbeiten zweiter Hand gestützt hätte.

[2]) „Scholastisch“ im Sinne zunächst der äußeren Technik und Form der Scholastik. Ich betone das, um Mißverständnissen vorzubeugen, wie sie Speiser bei seiner Kritik des 1. Gandinusbandes (Arch. f. kath. Kirchenr. 88, 582ff.) bezüglich des Titels: „Das Strafrecht der Scholastik“ unterlaufen sind. Aber ich will damit nicht behaupten, daß diese äußere scholastische Darstellungstechnik sich vom Geist der scholastischen Methode völlig sondern lasse. Das wird auch kaum die Meinung von Grabmann (Geschichte der scholastischen Methode Bd. 1, 32—37, ZSSt. K. A. Bd. 12, 544f.) sein. Dann dürfte aber mit der Übernahme scholastischer Technik auch scholastischer Geist in die Rechtswissenschaft eingezogen sein, und der Begriff der Scholastik wäre auch in dieser Hinsicht nicht auf die theologisch-philosophische Scholastik zu beschränken. Nur daß bei den Juristen eine menschliche Autorität, z. B. das Corpus juris, an Stelle der übernatürlichen träte (Kantorowicz, ZSSt. K. A., Bd. 11, 458). — Ob jedoch die Kluft zwischen Theorie und Praxis bei Gandinus (und sonst?) wirklich ein Merkmal des scholastischen Geistes in der Rechtswissenschaft ist, darüber wird zu sprechen sein, wenn das von K. in Aussicht gestellte große Werk vorliegt.

Jurisprudenz, von der man ja heute mit Recht wieder besser denkt (vgl. z. B. die populäre Darstellung in den neueren Auflagen von Sohms Institutionen), innerlich doch abgeneigt, wie auch das Vorwort des 1. Gandinusbandes (siehe oben: „verhängnisvolles Geschenk" der Theologie) erkennen läßt.

Was nun den ersten Gandinusband angeht, so stellt K. in ihm, nach Mitteilung seiner Editionsgrundsätze und archivalischen Arbeiten, das Gerichtsverfassungs-, Straf- und Strafprozeßrecht dar, wie es zur Zeit des Gandinus wirklich gewesen ist. Zunächst wird einleitungsweise die Aktentechnik des Bologneser Strafprozesses in 5 Kapiteln behandelt, Behördenorganisation, Aktenwesen und Archivwesen, Aktentechnik des Accusations- und Inquisitionsprozesses, Buchung von Urteilen und Bannsprüchen. Es folgt, veranlaßt durch die in den folgenden Urkunden und Regesten vorkommenden Angaben von Geldstrafen und Gehältern, ein Exkurs über den Wert der Bologneser Libra (eine Reihe von Kritiken darüber werden im 2. Band, 432f., zitiert). Und nun kommen, aus dem gewaltigen Material geschickt ausgewählt, in systematischer Ordnung 135 Strafprozeßakten, in denen großenteils Gandinus als Richter auftritt. Aus ihnen erhält der Leser ein anschauliches, lebendiges Bild. Den Schluß des Bandes bilden 234 Regesten der Tätigkeit des Gandinus von 1281 bis 1305, sowie mehrere Register.

Der zweite Band bringt einleitungsweise ein Resümé der oben erwähnten textgeschichtlichen und textkritischen Arbeiten des Verfassers zum Tractatus de maleficiis, sodann diesen selbst. Am Ende stehen Ergänzungen zu beiden Bänden und 5 Verzeichnisse.

Daß die Edition des Tractatus wie der Strafprozeßakten musterhaft ist, versteht sich bei K. von selber. Den kritischen Apparat zum Tractatus hat K. mit Recht eingeschränkt, m. E. hätte er in dieser Einschränkung sogar noch weiter gehen können. Der sachliche Apparat zum Tractatus ist vor allem ein Denkmal der ungeheuren Mühe und Sorgfalt, mit der die fast 6000 Zitate aus den Rechtsquellen, ferner die Zitate aus eigenen Werken des Gandinus, aus sonstigen Schriftstellern usw. nachgewiesen worden sind. Nur beeinträchtigt es für meinen Geschmack etwas die Lesbarkeit, daß die Nachweisungen der Quellenzitate in Anmerkungen und nicht (eingeklammert) im Text stehen.

Auf den Inhalt des Tractatus eingehen, würde eine Abhandlung über das Werk des Gandinus selbst und nicht eine Besprechung von Kantorowicz' Gandinuswerk bedeuten; dazu fehlt wohl dieser Zeitschrift die örtliche, mir jedenfalls die sachliche Zuständigkeit. Und wollte ich von der Verbreitung und dem Einfluß des Tractatus, etwa auf den Klagspiegel, die Wormser Reformation, die Bambergensis, die Carolina und deren Kommentare reden, so müßte ich wiederholen, was K. in dieser Zeitschrift, Bd. 44, 308—313, schon ausgeführt hat. So bleibt nur noch übrig, Ausdruck zu geben der Überzeugung, daß die Rechtswissenschaft dem Verfasser Dank für sein Gandinuswerk schuldet, und der Hoffnung, daß es nicht nur erhoben, sondern auch gelesen werden, sowie daß es

Nachfolger finden möge, die in ebenso trefflicher Methode Querschnitte durch das 14. und 15. Jahrhundert legen, wie es hier für den Ausgang des 13. Jahrhunderts geschehen ist.

Königsberg. Erich Genzmer.

Juris Interpretes Saec. XIII. Curantibus scholaribus Leidensibus duce E. M. Meyers. Neapel, Persella, und Haarlem, H. D. Tjeenk Willink & Zoon, 1924. XXXIX u. 285 S.

Der Universität Neapel ist zu ihrer 700-Jahr-Feier von Professor Meyers in Leiden und von zehn seiner Schüler (Brouwer, Feith, Folmer, Frech, Fruytier, Gerritsen, van der Haagen, Hoetink, Mulié, Schürmann) mit diesem Werk eine besonders zweckentsprechende Festgabe dargeboten worden.

Die rechtswissenschaftlichen Leistungen der Universität Neapel im Jahrhundert ihrer Gründung wurden bisher nach Savignys Vorgang (Geschichte des röm. Rechts im M.A. Bd. 3 S. 329f.) recht gering geschätzt. Die Verfasser der — auf italienisch vorgelegten — Festgabe wollen nun auf Grund eingehender Durchforschung der erhaltenen Schriften von Neapeler Rechtslehrern des 13. Jahrhunderts nachweisen, daß der Universität mit dieser landläufigen Beurteilung Unrecht geschieht. Wie vorweg bemerkt werden darf, ist die Rehabilitierung geglückt.

Einige der Mitarbeiter durchforschten, mit Unterstützung des Van Vollenhovenfonds, italienische Bibliotheken. Die reiche Ausbeute tritt in den gleich zu erwähnenden Editionen zutage. Meyers selber hat ein interessantes Vorwort beigesteuert. Für die Wissenschaft des römischen Rechts kommen, so führt er aus, andere Universitäten als Bologna im wesentlichen erst seit dem 13. Jahrhundert in Betracht. Bologna steht im 13. Jahrhundert ganz unter dem Einfluß von Accursius. Die anderen Universitäten sind davon weniger abhängig. Insbesondere in Neapel tritt — gegenüber der romanistischen Orthodoxie des Accursius — eingehende Beschäftigung mit dem einheimischen Recht, mit den Constitutiones Regni, den Consuetudines Neapolitanae usw. zutage. Dort wurde, viel früher als im übrigen Westeuropa, eine Verbindung des römischen Rechts mit dem lokalen unternommen. Hierfür fehlte Savigny — vgl. seine Geringschätzung der Postglossatoren — das Verständnis. Aber auch die rein romanistischen Arbeiten der Neapeler Professoren waren Savigny großenteils unbekannt. Daher sein ungerechtes Urteil über Neapel.

Der eigentliche Gründer des dortigen Rechtsunterrichts ist Benedictus de Ysernia (= Benedictus Beneventanus), als „Benedictus“ zitiert von Guilelmus Durantis, Johannes Andreae, Jacobus de Arena, Albericus de Rosate. Auch Roffredus ist Professor in Neapel gewesen, wie gegen G. Ferretti (Studi Medievali III, 230) nachgewiesen wird. Ferner wird, meist auf Grund aufgefundener Glossen,

eine Lehrtätigkeit in Neapel reklamiert für Goffredus de Frano, Martinus de Fano, Johannes Fazeolus, Ubertus de Bonacurso, mit Wahrscheinlichkeit auch für Dynus.

Die Unterrichtsmethode ist bei Benedictus und Roffredus im ganzen naturgemäß die der Bologneser Glossatoren. Namentlich in den Schriften des Benedictus finden sich aber auch viel praktische Fälle, es zeigt sich das Bestreben, den Unterricht im römischen Recht den Bedürfnissen der Praxis dienstbar zu machen. Seit Karl von Anjou macht sich neben dem Einfluß Bolognas auch der der Schule von Orléans bemerkbar. Eine Besonderheit des Unterrichts in Neapel ist das große Interesse für das römische öffentliche Recht, z. B. für die tres libri, das mit der starken Zentralgewalt des Königreichs Neapel zusammenhängt. Wenn die Arbeiten der durch dieses Interesse und durch ihren praktischen Sinn ausgezeichneten Neapeler Schule des 13. Jahrhunderts keine größere Verbreitung gefunden haben, so liegt das an der mangelhaften Organisation des damaligen Buchhandels. Was dictando publiziert wurde, drang nicht leicht über Neapel hinaus, und die Glossen, welche die Neapeler Professoren in ihre Exemplare der Justinianischen Rechtsbücher schrieben, wurden auch nur dann verbreitet, wenn diese Exemplare nach dem Tode ihrer Eigentümer in andere Hände kamen.

Meyers hebt (S. XXXVI) als besondere Eigentümlichkeit des Benedictus das Zitieren der Bibel und anderer nichtjuristischen Schriften hervor. Das findet sich indessen auch bei anderen Glossatoren, z. B. bei Azo (dessen Apparat zu D. 50, 17 enthält Bibelzitate ad l. 16 und 208, ferner eine Anspielung auf die Lehre von den Zeitaltern — in hac tenacissima Jovis etate, vgl. etwa Vergil Aeneis VIII 327 — ad l. 72), oder bei Accursius, z. B. gl. ex libello C. 7, 44 l. 2, oder bei dem Verfasser der Quare Bambergensia (Nr. 168), vgl. Gedächtnisschrift für Seckel S. 5 und 54, — um nur einiges mir gerade zur Hand liegende Material zu nennen.

Den Hauptteil der Festgabe nehmen Editionen ein, gefolgt von Quellen-, Sach- und Namensregistern. Sie sind geordnet nach den Verfassern der herausgegebenen Schriften, deren Vita jedesmal vorangestellt wird. Diese Anordnung ist durch den Zweck der Festgabe gerechtfertigt, unter anderen Umständen wäre eine sachliche Gruppierung vorzuziehen gewesen. Den Anfang macht Benedictus mit Proben aus dem von ihm verfaßten Apparat, mit Glossen[1]) (darunter einigen in Quare-Form, z. B. S. 10) und mit sieben kleinen Summen (zu ihnen vgl. Seckel, Distinctiones Glossatorum S. 388)[2]). Ob die vierte (de novationibus) in

---

[1]) S. 24 Nr. 45 ist ein schönes Beispiel, daß mit notatur nicht auf Quellenstellen, sondern auf Glossen verwiesen wird, vgl. dazu Accursii gl. sternerem D. 13, 6 l. 5 § 4 u. Gedächtnisschrift für Seckel S. 3f., Anm. 7.

[2]) Nicht aufgenommen ist die von Seckel a. a. O. Anm. 2 erwähnte Summa de primo et secundo decreto (Bamb. D I 4, Bl. 217b', 218a, a'), deren in einer Abschrift Seckels mir vorliegender Schluß auch für die Vita des Benedictus von Bedeutung ist: hec autem sub (sunt C.) compendio

der Tat dem Benedictus zuzuschreiben ist, erscheint mir nicht völlig sicher. Dann folgen Glossen von mehr oder minder bekannten Juristen, unter denen Nicolaus Rufulus, Bartholomeus de Capua und Andreas Acconzaiocco de Ravello genannt seien. Besonders interessant ist die Summa de successionibus ab intestato des Andreas Bonellus de Barulo, die nicht nur bei den einzelnen Abschnitten die vier historischen Schichten der 12 Tafeln, der media jurisprudentia, des novum ius Iustiniani und des novissimum ius, quod in autenticis continetur, behandelt[1]), sondern auch die Lombarda berücksichtigt, quia hec iura nostra (sc. Romana) per ius Lombardorum in successionibus corriguntur. Ob S. 160 für das sicher unrichtige peccatis zu lesen bzw. zu emendieren ist: pactis? Die Verwechselung ist nicht selten. Ein doppeltes Quare ist die S. 165 Nr. 8 abgedruckte Glosse des Andreas de Barulo.

Inwieweit die Editionen sorgfältig sind, ist schwer nachzuprüfen. Man wird es aber bei Schülern von Meyers annehmen können. Nur ein paar Einzelbedenken seien angemerkt: Warum ist S. 10, Nr. 2 die Ligle Sy. nicht aufgelöst? Symon Vicentinus? Wer mag S. 42, Nr. 97 „Alf." sein? Die Glosse des Accursius zu D. 50, 16 l. 105, sonst in ihrem diesbezüglichen Passus fast wörtlich übereinstimmend, gibt hierüber nichts aus. S. 67, vorletzter Absatz, ist die Ergänzung des überlieferten Textes „Dic quod non, nisi" überflüssig, war also nicht vorzunehmen. S. 70 oben ist litigando statt itigando zu schreiben (bloßer Druckfehler?). Daß durchweg Infra und Supra bei Quellenzitaten klein gedruckt werden, widerspricht nicht nur der mittelalterlichen Schreibung, sondern beeinträchtigt auch die Übersichtlichkeit, die dann durch Einschließung in Kommata erst halbwegs wiederhergestellt werden muß. Ferner eine kleine Uneinheitlichkeit: Die in den Glossen und Summen zitierten Glossatoren werden bald in fettem, bald in gesperrtem einfachen Druck gesetzt. Der

---

credatis esse notata secundum quod ab ore assonis (= Azonis) et hug. (= Hugolini) et bargar. (= Bargarotti) diligentius potui pernotare. benedictus.

[1]) Sie ist in der Tat wohl, wie Meyers S. XXXVI meint, das erste bekannte Beispiel für wirkliche Anwendung der historischen Methode auf eine systematische Darstellung. Die incerti auctoris Summa de successionibus (Pescatore Beiträge I S. 23 f.) und die Summula Antiquitus (a. a. O. II S. 2 f., zu beiden vgl. Seckel, Krit. V. I. Schr. Bd. 36, S. 361 ff., 365) behandeln die Einzelmaterien noch nicht in ihrer geschichtlichen Entwicklung, sondern begnügen sich damit, ihrer dogmatischen Darstellung der Gesamtmaterie, nämlich der Intestaterbfolge nach dem jüngsten justinianischen Recht, eine kurze historische Einleitung voranzuschicken. — Wie Seckels nachgelassene Papiere ergeben, hat er die Summe des Andreas de Barulo entdeckt im Cod. Norimberg. II 76 (13. Jh.), Bl. 208 b—209 b auf dem Rande. Dort lautet der Schluß nach Seckels Abschrift: et hoc, sive solus vir habeat mundium uxoris sue sive non: et de hoc plene no(tatur) in Summa domini Karoli de successionibus. Hier wird also eine bisher unbekannte Summa de successionibus des Karolus de Tocco angeführt. Wenn Vat. 1428 Bl. 28 r, S. 162 der Iuris Interpretes Saec. XIII, statt dessen hat: in summa l. fin. de successionibus, so dürfte l. fin. aus d. Ka. verderbt sein, eine paläographisch leicht zu erklärende Verwechslung.

deutsche Leser schließlich erschrickt ein bißchen über das römische Quartalschrift (S. 184, 1).

Alle diese Ausstellungen sind ganz geringfügiger Art. Wir wollen und können uns über das auch in schönem äußeren Gewande auftretende Werk freuen, das über seinen nächsten Zweck hinaus in der Tat als Bereicherung unseres Wissens über den juristischen Unterricht, die Juristen und die Jurisprudenz im Italien des 13. Jahrhunderts zu begrüßen ist.

Königsberg. Erich Genzmer.

Carl Vering, Platons Gesetze. Die Erziehung zum Staate. Verlag Englert und Schlosser, Frankfurt a. Main, 1926. 191 S.

Das Buch bezweckt den aphoristischen Aufbau der *Nόμοι*, die für moderne Menschen schwer erträgliche Weitschweifigkeit der Dialogform und Platos künstlichen Altersstil, der an Goethes letzte Prosa gemahnt, „durch eine freie, zusammenfassende, jedoch erschöpfende Wiedergabe der Gedankengänge des Dialogs zu überwinden". Der Verfasser wendet sich nicht speziell an die Rechtshistoriker, sondern an die Allgemeinheit. Und in der Tat wäre einer Zeit geistiger Verödung und Veräußerlichung die Rückkehr zu amicus Plato nur zu wünschen.

Das Werk verdient aber auch in dieser Zeitschrift angezeigt zu werden. Es ist auch für uns von Wert.

Die Herausarbeitung des Inhalts der *Nόμοι* ist dem Verfasser nicht bloß in den Grundgedanken, sondern, soweit ich nach Stichproben feststellen konnte, auch im einzelnen gelungen. Daß man hier und da eine andere Fassung wünschen möchte, tut der Bearbeitung nur geringen Eintrag.

Für den Rechtshistoriker liegt der Wert des Buchs weniger in der Möglichkeit rascher Orientierung — daß zu wissenschaftlicher Arbeit auf den griechischen Text zurückgegangen werden muß, braucht hier nicht betont zu werden —, als vielmehr in den Anregungen, die die Lektüre dieser gedrängten Zusammenfassung der *Nόμοι* zum Sprühen bringt und die auch im Kenner des Originals den Wunsch anfachen, bestimmte Partieen der Gesetze erneut durchzuarbeiten.

Wenn man die „Probleme" betrachtet, die manchen rechtsgeschichtlichen Arbeiten — nicht bloß bei uns in Deutschland — zu Grunde liegen, dann regt sich (insgeheim) der Wunsch, daß die rechtshistorische Forschung sich bei der Wahl ihres Arbeitsstoffs gelegentlich auch von den Fragen inspirieren lassen möchte, die Platos unsterbliches Werk aufwirft. Bilden doch die *Nόμοι* eine Quelle ersten Ranges für die Erkenntnis des griechischen Rechts. Der ungelösten Probleme sind noch viele, z. B. gleich die bekannte Frage, inwieweit den Ausführungen des Philosophen, im ganzen wie im einzelnen positives Recht — gemeingriechisches oder das Recht einzelner Gebiete, attisches, kretisches?

— zu Grunde liegt[1]). Aber über solche Fragen hinaus bieten die *Νόμοι* geradezu eine Fundgrube von Anregungen für die Darstellung großer entwicklungsgeschichtlicher Rechtszusammenhänge.

Breslau. Eberhard Friedrich Bruck.

Paul Collinet, Histoire de l' école de droit de Beyrouth (Études historiques sur le droit de Justinien, tome deuxième). Paris 1925.

Collinet läßt dem ersten, 1912 erschienenen Bande seiner historischen Studien über das Recht Justinians den zweiten folgen. Die lange und schwere Zeit, die zwischen den beiden Bänden liegt — er war während des Krieges Professor in Lille —, hat den Plan des gesamten Werkes gewandelt. Collinet schiebt in die Untersuchungen über den Charakter des byzantinischen Rechts ein Buch über die Rechtschule von Beryt ein; er will damit die Grundlagen seiner Studien verbreitern und vertiefen: ein fruchtbarer Gedanke, zu dem wohl auch die Gründung einer neuen französischen Rechtsschule in Beyrut angeregt hat, die sich als Nachfolgerin der byzantinischen fühlt. Ein solches Werk, das alles zusammenstellt, was sich über die Geschichte der Schule von Beryt ermitteln läßt, ist gerade bei dem heutigen Stande der Forschung sehr willkommen. Von Riccobono und seiner Schule wird mit Leidenschaft der Einfluß der byzantinischen Schulen auf das Recht des Corpus iuris geleugnet oder auf ein möglichst geringes Maß beschränkt und die gesamte Entwicklung der aus dem klassischen (besonders dem prätorischen) Recht sich entwickelnden spätrömischen Praxis zugeschoben.[2])

---

[1]) Vgl. hierzu u. a. schon den Hinweis bei Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 237, ferner Partsch, Arch. f. Papyrusforschung Bd. VII S. 270ff., Bruck, diese Zeitschrift Bd. 32 S. 353ff. und Totenteil und Seelgerät im griech. Recht S. 153 und anderwärts, auch Bisinger, Der Agrarstaat in Platos Gesetzen, 17. Beiheft zur „Klio". Auch bei der Aufsuchung griechischer Ideen im römischen Rechtskreise darf man von Arbeiten, die von Plato ausgehen, noch mancherlei Aufschlüsse erhoffen. In diesem Zusammenhange sei auf die soeben erschienene Abhandlung von Stroux, Summum ius, summa iniuria (Sonder-Abdr. aus der Festschrift für Speiser-Sarasin, Leipzig 1926) hingewiesen, der u. a. für den Satz Summum ius, summa iniuria griechische Beeinflussung annimmt, Plato allerdings nur kurz erwähnt (S. 11 Anm. 13). Vgl. übrigens u. a. schon Mitteis, Römisches Priv.-Recht I S. 16f. — Erwähnt sei hier auch ein kürzlich von E. Weiß auf dem Kongreß der Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (Oktober 1926) gehaltener Vortrag: „Platons Rechtsphilosophie in ihren Beziehungen zur Gegenwart", der z. Zt. der Niederschrift dieser Zeilen noch nicht im Druck vorlag.

[2]) Riccobono, Formazione del domma della transmissibilità all' erede dei rapporti sotto condizione, Studi Perozzi (1925) 362, 368; La fusione del ius civile e del ius praetorium in unico ordinamento, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos. 16, 504ff.; Outlines of the evolution of Roman Law, University of Pennsylvania Law Review 74 (1925) 6, 16, 18; Fasi e fattori

Zur Entscheidung dieses Streites trägt Collinets Buch unmittelbar nichts bei. Aber es sichert in einem Punkte die angegriffene Stellung; die Bedeutung der Schule von Beryt tritt klar hervor. Offenbar soll das Buch helfen, die zu erwartende Entscheidung des Verfassers[1]) vorzubereiten. Wenn gelegentlich ausgesprochen wird, daß sich in Beryt die Anpassung des klassischen römischen Rechts an die Bedürfnisse des Orients vollzogen habe[2]), daß in Justinians Werk das durch die Beryter Professoren ausgearbeitete neue Recht sich mit dem alten römischen Rechte verbunden habe und deshalb der Name Beryt von den Juristen mit dem Namen Rom vereint zu werden verdiene (307), so wird man darin zunächst nicht mehr sehen dürfen als den Ausdruck einer Überzeugung, die in dieser Abhandlung weder bewiesen werden sollte noch konnte.[2]) Aber allerdings durchdringt diese Überzeugung das ganze Buch; trotz aller Versuche, vorsichtig die Argumente abzuwägen, ist zuweilen der Wunsch unverkennbar, Beryts Bedeutung zu erhöhen. Als ich in meiner Abhandlung Beryt und Bologna[3]) im Titel Beryt als Hauptsitz der byzantinischen Rechtswissenschaft nannte, sollte das nur eine kurze Bezeichnung sein[4]); die Frage nach den andern Schulen des Orients war gar nicht gestellt. Hier aber wünscht man zuweilen, den Rahmen erweitert zu sehen; daß wir etwa von der Schule von Byzanz so wenig wissen, kann zum Teil Zufall sein; bei der Kompilation haben ihre Lehrer sehr stark mitgewirkt. Darum wird eine Ergänzung nötig sein, ehe etwa der Schluß gezogen wird, daß Beryt allein Einfluß gehabt habe. Dies ist überhaupt das Empfinden, das man gegenüber dem ganzen Buch hat: eine vorzügliche, vollständige und gewissenhafte Darstellung der Geschichte der Schule von Beryt — aber in einzelnen Punkten zu viel Neigung, ihr eine ausschließende Bedeutung zu geben[5]) — und dahinter die Gefahr, daß aus einer Einzel-

---

dell' evoluzione del diritto romano, Mélanges Cornil (1926) 233ff. Guarneri-Citati, Di un criterio postclassico per la determinazione della res iudicata BIDR. 33 (1924) 204ff.; En matière d' affranchissements frauduleux, Mélanges Cornil (1926) 478ff. Vgl. bereits Partsch, Sav.Z. 44, 559ff.; Levy, Sav.Z. 46, 421; Rabel, Sav.Z. 46, 462.

[1]) Nicht zugänglich waren mir folgende Schriften des Verf., die vielleicht diese Stellung schon näher bezeichnen: The general problems raised by the codification of Iustinian, Tijdskrift voor Rechtsgeschiedenis 4 (1922), 19; Communication faite au premier Congrès des études byzantines, Bucarest 1924 (zitiert 12 [1]); Conférences d' Agrégation 1922 (zitiert 302).

[2]) Hiergegen Riccobono, Mél. Cornil (1926) 238 [1].

[3]) Festschrift für Otto Lenel (1921) 204ff.

[4]) Wenn übrigens Verf. (9) als Inhalt dieser Schrift angibt: se propose d' établir que la méthode pédagogique des Bolonais dérive de celle de l' école de Beyruth par l' intermédiaire du Digeste", so ist das in zweierlei Sinn zu viel gesagt: erstens war der Einfluß der gesamten byzantinischen Rechtswissenschaft gemeint, und zweitens wollte ich es versuchen, mit absichtlicher und sorgsam betonter Einseitigkeit eine der vielfältigen Ursachen für die Methode der Glossatoren aufzuzeigen. Wie notwendig diese Betonung war, zeigen die Mißverständnisse von Juncker, SavZ., Kan. Abt. 45, 386, 5, auf die an anderem Orte einzugehen sein wird.

[5]) Zwei Beispiele zunächst: das privilegium studii für Beryt fehlt im

untersuchung beschränkten Umfanges zu weitgehende Schlüsse auf den Einfluß der Rechtsschulen überhaupt und sodann auf den Einfluß gerade der Schule von Beryt gezogen werden können.

Das Werk zerfällt in sechs Kapitel: Überblick über die Schicksale der Schule, Ort der Schule, Studierende, Professoren, Lehre und Arbeiten der Professoren. Eine sorgfältige Bibliographie geht voran.

Als Gründungsjahr wird etwa das Jahr 200 angenommen (20), als Grund für die Wahl gerade dieser Stadt, daß sie „der Schlüssel des Orients" und dabei eine durchaus lateinische Stadt war (23), sowie daß sie ein Archiv für die kaiserlichen Konstitutionen enthielt, das eine Zentrale für den Orient darstellte (20ff.). Mommsen hatte[1]) beobachtet, daß 13 Konstitutionen des Cod. Theod. in Beryt angeschlagen waren. Collinet glaubt, daß die Konstitutionen in Beryt nicht bloß ausgehängt, sondern auch verwahrt wurden.[2]) Mommsen hielt die von ihm festgestellte Aushängung für eine Folge des Bestehens der Rechtsschule; Collinet sieht in dem Archiv einen Grund für das Entstehen der Schule. Eine Entscheidung im einen oder andern Sinne scheint auf Grund des vorgelegten Materials noch nicht möglich.

Bei der nach Jahrhunderten geordneten Untersuchung der Quellen (26—58) wird vermutet, daß die Konstitution über die Abschaffung der Formeln (C. 2,57,1; 342) deshalb gerade an den Präses von Phönikien gerichtet ist, weil die Professoren von Beryt zögerten, sich der allgemeinen Bewegung gegen die alten Formeln anzuschließen, während Gothofred geglaubt hatte, daß der Aufenthalt des Kaisers in Syrien (338—339) und eine Beratung mit den dortigen Juristen Anlaß zu der Konstitution und ihrer Adresse gab.

Ihr Ende findet die Schule mit den Erdbeben von 551 und 560.

Die Prüfung der örtlichen Lage[3]) der Schule (Kapitel II) (59ff.) ergibt den Gedanken (74), daß etwa um dieselbe Zeit (ungefähr 450) die Schule in die neuen bischöflichen Gebäude bei der eben erbauten Kathedrale verlegt wurde (vor 449: 73), Beryt den Titel einer Metro-

Cod. Iust. Falls man daraus überhaupt Schlüsse ziehen kann (es fehlt auch im Cod. Theod. — Verf. nimmt deshalb, vielleicht mit Recht, an, daß es erst nach 438 erteilt wurde), liegt es nahe, anzunehmen, daß die Kompilatoren des Codex auf dies Privileg und somit auf Beryt nicht allzuviel Wert legten. Verf. dagegen glaubt (180), daß hinter der Nichtaufnahme der Wunsch steht, den Ruhm von Beryt wegen der Eifersucht von Byzanz nicht allzu sehr zu betonen. — Daß sich aus dem Gaius von Autun dessen Gebrauch in der Lehre Galliens ergibt, nimmt Verf. (221) als Beweis a fortiori (!) dafür, daß dies Werk auch in die Lehre des Ostens eingedrungen ist; hinzugefügt wird allerdings noch, daß Gaius in Kleinasien gelebt hat und sein Werk Anspielungen auf peregrinische und griechisch-orientalische Einrichtungen enthält (was ja übrigens bestritten ist).

[1]) SavZ. 21, 168 = Ges. Schr. 2, 387.

[2]) Vgl. auch Collinet, Syria 5 (1924), 359ff. mit sehr bemerkenswerten Gründen, teilweise berichtigt Ét. hist. 162ff.

[3]) Vgl. auch die Karte am Ende des Buches.

pole bekam (C. 11, 22 (21) 1[1]); 448—450: 176ff.), der Schule das privilegium studii verliehen wurde (nach 438?: 179ff.) und die Hochblüte der „Lehrer des Erdkreises" einsetzte (vor 500: 162).

Kapitel III mit den sorgsamen Zusammenstellungen über die Studierenden (Vorbereitende Studien, Name und Vaterland der über 50 bekannten Studierenden, Leben und Alter) ist sehr dankenswert, ohne zunächst wesentliche neue Ergebnisse zu zeitigen.

Kapitel IV handelt von den Professoren (vor dem 5. Jahrhundert, Zeitalter der „Lehrer des Erdkreises", Zeitalter Justinians; Zahl, Ernennung, Besoldung und Privilegien). Dabei wird mit Recht betont, daß die Professoren des 5. Jahrhunderts nicht, wie jetzt öfters[2]), die ἥρωες, sondern die τῆς οἰκουμένης διδάσκαλοι genannt werden sollten[3]): denn ἥρως bedeutet nur: der (schon lange) Verstorbene (125)[4]), διδάσκαλος τῆς οἰκουμένης aber: der offizielle Lehrer des ganzen (östlichen) Erdkreises", wie aus kirchlichen Parallelen schön erwiesen wird (167ff.). Innerhalb dieser Epoche werden vier Zeitabschnitte unterschieden: Kyrillos (400—410—438), Patrikios (420—450), Domninos, Demosthenes, Eudoxios (450—490), Amblichos, Leontios (480—500). Für jeden einzelnen dieser Professoren wird das vorhandene Material gesammelt und vorgelegt, die Lücken durch besonnene Vermutungen gefüllt, die Zeitfolge geschickt bestimmt.

Im fünften Kapitel über die Lehre hören wir zunächst, daß um das Jahr 400 an die Stelle der lateinischen die griechische Sprache trat (während allerdings die lateinische noch immer beherrscht werden mußte) (209ff.). Dabei wird angedeutet, daß vielleicht dies der Grund für den wachsenden Erfolg der Lehrer des Erdkreises gewesen sei und daß die griechische Sprache den Einfluß philosophischer Ideen der neuplatonischen Schule von Alexandria und das Eindringen griechischer Rechtsbräuche ermöglichte. Wenn der Beweis neuplatonischen Einflusses erbracht werden wird[5]), wird das unsere Erkenntnis sehr fördern. — Für die Glossen, Scholien und Interpolationen der vorjustinianischen Schriften setzt Verf. mit der immer mehr vordringenden Lehre das vierte Jahrhundert an. Bei den Veränderungen der justinianischen Quellen will er zwischen solchen des vierten, fünften und sechsten Jahr-

---

[1]) Verf. glaubt, daß die Anfangsworte [Propter multas iustasque causas] der Ersatz der Kompilatoren für die von ihnen gestrichenen wahren Gründe der Verleihung des Titels sind; er nimmt an, daß zu diesen Gründen auch (und hauptsächlich) das Blühen der Rechtsschule gehörte. Er weist nach, daß in der Tat die Erbauung der Kathedrale bei der Verleihung eine Rolle spielte und daß die ihr benachbarten Gebäude, in die die Schule verlegt wurde, vermutlich zugleich erbaut wurden. Trotzdem er nichts über die Gründe der Interpolation (Abkürzung?) sagt, erweckt seine Hypothese Vertrauen.

[2]) Peters, Dig. Komm. 68; Kübler, Geschichte des röm. Rechts 425.

[3]) So auch schon Heimbach, Bas. 6, 8.

[4]) Dann aber sollte ἥρως nicht mit „magnus" übersetzt (131) und mit „honoré de l' épithète de ὁ ἥρως" (133) wiedergegeben werden.

[5]) Daß die Vorstudien öfter in Alexandria stattfanden, eröffnet nur diese Möglichkeit, ist aber noch kein Beweis.

hunderts unterscheiden, widersteht aber (223) der Versuchung (222), die Veränderungen des vierten Jahrhunderts gerade der damaligen Schule von Beryt, die lateinisch gehalten wurde, zuzuschreiben. Die Feststellung des Studienplanes vor Justinian (223 ff.) bringt einige Berichtigungen zu den von Peters[1]) gegebenen Übersichten. Die Ausführungen über die scholastische Methode des fünften Jahrhunderts stützen sich (253[3]) auf meine Darstellung in der Festschrift für Otto Lenel, leider ohne sie zu ergänzen oder zu berichtigen.[2])

Besondere Beachtung erweckt das sechste Kapitel über die Werke der Professoren. Für das dritte und vierte Jahrhundert wird mit Mommsen angenommen, daß der Codex Gregorianus in Beryt ausgearbeitet worden sei (120, 264), diese Annahme aber auf den Codex Hermogenianus und die Appendices zum Gregorianus[3]) ausgedehnt.[4]) Dafür wird manches treffende Argument gebracht; daß ein Beryter Professor der Sammler gewesen sei, hält Verf. mit Recht für unbewiesen.

Daß die libri opinionum Ulpians aus dem Orient stammen, hält Collinet mit Lenel[5]), Fitting[6]) und Rotondi[7]) für wahrscheinlich. Die Vermutung sei noch stärker bei den *μονόβιβλα* ad formulam hypothecariam und der *Παραίτησις ἐπιτροπῆς*; die Begründung, daß die Hypothek im Orient stärker verbreitet und das zuletzt genannte Werk griechisch geschrieben war, wird nicht alle Zweifler überzeugen. Für den liber singularis regularum Ulpians, die libri iuris epitomarum Hermogenians, die Pandekten Ulpians und Modestins und die Differentiae Modestins — nicht für die Sententiae des Paulus — vermutet Verf. gleichfalls Entstehung im Orient, ohne eine ernstliche Begründung zu versuchen. Doch hält er diese Kompendien nicht für Werke der Schule, sondern

---

[1]) Dig. Komm. 49—50, 56—64.

[2]) Verf. verwendet hierbei die Scholien der Basiliken, auch wenn sie nicht gerade von den Beryter Professoren stammen (253); trotzdem wirft er mir mit Unrecht vor, ich hätte die „précision historique indispensable" vernachlässigt, als ich dasselbe tat. Aber erstens schrieb ich über die byzantinische Methode, nicht über die Geschichte der Schule von Beryt, hatte also keinen Anlaß, die Scholien, die nicht aus Beryt stammten, auszuschalten. Und zweitens irrt der Verf., wenn er als Beleg dafür, daß ich die Byzantiner en bloc betrachtete, als hätten sie alle in Beryt gelehrt, meine Zitate von Stephanos nennt; denn dieser ist nach Zachariae von Lingenthal und Krüger (dieser zweifelnd) immer Professor in Beryt gewesen und selbst nach Heimbach zwar später nach Byzanz übersiedelt, aber vorher Lehrer in Beryt gewesen (vgl. die eigene Darstellung des Verf. 190); er irrt schließlich, wenn er als Beleg dafür, daß ich es so darstellte, als befolgten die Professoren von Byzanz die Methode von Beryt, meine Ausführung über Theophilos S. 266 zitiert; denn dort heißt es (265—266): „In der byzantinischen Literatur . . . auch die rechtsgelehrten Professoren von Byzanz und Beryt . . . ganz üblich bei Theophilos von Byzanz — auch Stephanos von Beryt . . ."; sorgfältiger konnte nicht gesagt werden, daß es sich um eine allgemein byzantinische Methode handelt, die in Byzanz und Beryt befolgt wurde.

[3]) Rotondi, Scritti giur. 1, 136.

[4]) Vgl. auch Verf. in Syria 5 (1924), 360—366.

[5]) Pal. 2 p. 1001[2]. [6]) Alter und Folge 115.

[7]) Scritti giur. 1, 454: notizie di studii inediti.

für solche der Praxis. Da die Beziehungen zwischen Ost und West sehr eng waren und in Beryt im vierten Jahrhundert lateinisch gesprochen wurde, hält Verf. für möglich, daß auch Veränderungen in westlichen Werken im Osten, und zwar in der berühmten Schule von Beryt, vorgenommen worden sind. Das ist eine so entfernte Möglichkeit, daß man sie zunächst besser unberücksichtigt läßt. Keinesfalls ist für die Fragmenta Vaticana eine solche Bearbeitung im Osten erwiesen. Selbst wenn es richtig sein sollte, daß Fragm. Vat. 76 eine unklassische Interpretation zu Fragm. Vat. 75 ist, und daß ein Teil dieser interpretatio sich in D. 7, 1, 1, 2 wiederfindet, wäre damit noch lange nicht erwiesen, daß die Kompilatoren „unbestrittenermaßen" ein orientalisches Exemplar der libri ad Sabinum Ulpians benutzt haben (sie können, da sie die Bücher von überall zusammenholten, auch ein westliches benutzt haben); erst recht aber nicht, daß die etwa dort stehende und in D. 7, 1, 1, 2 aufgenommene interpretatio ein Werk des Ostens ist (sie kann im Westen entstanden und in ein Exemplar des Ostens übernommen sein). Bei der Betrachtung der Werke des fünften Jahrhunderts wird vorgetragen, daß die maîtres de l'Occident noch in dieser Zeit im Unterricht die interpretatio, die des Ostens die παραγραφή bevorzugt hätten; aber aus der Schule hervorgegangene Interpretationen des Westens kennen wir meines Wissens nicht. Als Werke des Ostens werden die bekannten Schriften aufgezählt, darunter die Scholia Sinaitica. Mit Riccobono[1]) nimmt Collinet hier zwei verschiedene Verfasser an, Σαβ. oder Sab. und einen Ungenannten. Ohne Beweis jedoch hält er diesen Ungenannten für den Jüngeren, nennt ihn Anonymos und glaubt so, die einzige uns erhaltene Katene zu einem großen klassischen Werk entdeckt zu haben. Katene ist aber[2]) eine Sammlung von Stellen aus Schriftstellern zur Erläuterung eines Textes. Daß Σαβ. ein Schriftsteller gewesen ist, aus dessen vollständiger Schrift der Unbekannte einen Scholien-Apparat gemacht hat, ist vom Verf. nicht einmal behauptet. Von einer Katene kann also nicht gesprochen werden. Den Papyrus P. S. J. 55 hält Verf. für einen vorjustinianischen Kommentar zu den libri ad edictum Ulpians. Sehr gut vergleicht er „Ulp̄: convent[i]onων" in l. 3 mit Sin. Schol. 13, 35: „Ouāp: Volenti" und schließt daraus, daß das kommentierte Werk mit D. 2, 14, 5 (Ulp. 4 ed.) übereinstimme; da l. 9—40 nicht D. 2, 14, 6 (Paul. 3 ed.) kommentieren, sondern die Gedankengänge Ulpians fortsetzen, nimmt er an, daß hier ein nicht erhaltenes Stück aus Ulpians Kommentar zugrunde liege. Sonderbar bleibt, daß der Papyrus auf einen liber 18 verweist; Verf. nimmt an, daß dies der liber 18 eines griechischen Kommentars zu den libri ad ed. Ulpians oder die pars de rebus dieses Kommentars sei, gibt aber zu, daß es ein sonderbarer Zufall sei, daß D. 18, 5, 2 oder D. 18, 1, 72 gerade Stellen sind, auf die der Papyrus gut verweisen könnte: ein Zufall, den noch niemand wirklich erklärt hat, der in P. S. J. 55 einen vorjustinianischen Kommentar sah — der er aber doch wohl ist.

---

[1]) BJDR. 9, 217 ff. [2]) Peters, Dig. Komm. 5.

Weitere Ausführungen, die zum Teil allzu hypothetisch, zum Teil anregend und weiterführend sind, übergehe ich. Das Werk ist eine wertvolle Unterlage für die weiteren Studien, die wir vom Verf. erwarten dürfen. Es erweitert hier und da, sammelt überall unsere Kenntnisse, stellt vielfach gute Vermutungen zur Diskussion. Aber es darf nicht mißverstanden werden. Beryt ist die bedeutendste Schule des Orients und ihre Lehre die uns am besten überlieferte. Aber welche Rolle diese Schule in der Entwicklung des römischen Rechts spielte, das ist eine noch nicht endgültig beantwortete — und die zur Zeit wichtigste — Frage.

Göttingen. F. Pringsheim.

Eberhard Friedrich Bruck, Totenteil und Seelgerät im griechischen Recht. Eine entwicklungsgeschichtliche Untersuchung zum Verhältnis von Recht und Religion mit Beiträgen zur Geschichte des Eigentums und des Erbrechts (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, herausgegeben von Wenger und Otto, 9. Heft), München 1926, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung. XXIV u. 374 S. Geh. Mk. 22,—.

A.

Die Grundlage für die Untersuchung über den „Totenteil" bieten dem Verf. die archäologischen Funde. Die Tatsache, daß dem Toten Beigaben mit ins Grab gegeben wurden und daß Zahl und Art dieser Beigaben im Laufe der Antike gewechselt hat, ermöglicht es, eine Entwicklung aufzustellen und Rückschlüsse auf die zugrunde liegenden Gedanken zu ziehen. Da die Archäologen das durch die Ausgrabungen zutage gekommene Material noch nicht zusammenfassend bearbeitet haben, mußte der Verf. es sich selbst aus vielen und verstreuten Einzelveröffentlichungen zusammentragen. Ich stehe nicht an, eine für einen Nichtarchäologen erstaunliche Belesenheit und vorzügliche Einarbeitung in die Literatur zu bewundern. Zwar finden sich eine Reihe von kleineren Versehen, Auslassungen und Ungenauigkeiten, die der Fachmann vermieden hätte, aber sie sind ohne jeden Einfluß auf die gezogenen Schlüsse; zum Teil beruhen sie auch darauf, daß die benutzten Originalpublikationen durch spätere Forschungen berichtigt sind.

Zuerst wird die kretisch-mykenische Periode behandelt, die von den ältesten Zeiten bis rund 1200 v. Chr. reicht. Es lassen sich hier ausnahmslos Grabbeigaben feststellen; zwar bestehen Unterschiede, indem ein einfacher Bauer oder Bürger nicht über die ungeheuer reichen Schätze der mykenischen Fürsten, die Schliemanns Ausgrabungen uns wiedergeschenkt haben, verfügen konnte, und der allgemeine Wohlstand nicht in allen Unterperioden und allen Unterprovinzen gleich war, aber im ganzen läßt sich durchgängig feststellen, daß eine umfangreiche

und wertvolle Ausstattung des Toten vorliegt. Im einzelnen besteht diese einmal bei Männern aus Waffen oder Handwerksgerät, bei Frauen aus Toilettengerätschaften, dann aus Gefäßen für Speise und Trank und außerdem bei beiden Geschlechtern aus Schmuck und Kostbarkeiten wie Diademen, geschnittenen Steinen, Kästchen usw., wobei der Goldreichtum auch bei nichtfürstlichen Gräbern erstaunlich ist.

Zu dem Material möchte ich noch die reichen, in eine frühe Periode gehörenden Gräber von Mochlos (Richard Seager, Explorations in the Island of Mochlos. Boston 1912) hinzufügen. Für die Jenseitsauffassung ist es wichtig, ob sich die seit längerer Zeit herrschende Meinung, der sich auch der Verf. anschließt, daß die in Gräbern gefundenen weiblichen Figuren Konkubinen darstellen, aufrechterhalten läßt, oder ob die ältere Meinung, die neuerdings wieder an Boden gewinnt, daß sie vielmehr als Totengöttin zu deuten seien, das Richtige wenigstens in einigen Fällen trifft. An Einzelheiten möchte ich noch anmerken: Die Behauptung Schliemanns, daß die Leichen in den mykenischen Schachtgräbern verbrannt gewesen seien (S. 8), hat sich als unrichtig herausgestellt; auch Dörpfelds Hypothese über das „Rösten" von Leichen (S. 28) wird allgemein abgelehnt; ebenso werden die Menschenopfer über den mykenischen Schachtgräbern (S. 31) neuerdings bestritten: Friedr. Schwenn, Menschenopfer b. Griechen u. Römern. Religionsgeschichtl. Versuche u. Vorarbeit. 15 Nr. 3 1915, S. 60f. Zu früh wird die Erbauung des Königsgrabes auf Isopata (S. 16) datiert; es dürfte erst ins 17. Jahrhundert gehören; auch Porzellan (S. 25) ist ein Anachronismus; es handelt sich um Fayence.

Dann bespricht der Verf. den Totenteil im griech. Epos. Die alten Vorstellungen der mykenischen Zeit leben in ihm noch nach, wie die Bestattung des Elpenor mit seinem Kriegszeug und des Patroklos beweisen. Zur „homerischen Frage" möchte ich dabei Verf. und Leser auf die eben erschienene ausgezeichnete Behandlung Karos in Eberts Reallexikon der Vorgeschichte V, 356ff. aufmerksam machen.

Ein zweiter archäologischer Teil „Rückgang und Verfall des Totenteils" behandelt die Grabfunde vom 8. Jahrhundert bis zum Beginn der hellenistischen Epoche. Auch hier wird eine Aufzählung des Materials gegeben. Die Hauptfunde der archaischen Zeit werden vollständig aufgezählt, nur die Nekropole von Eleusis ist ausgelassen (Ephemeris archaiologiké 1898 29—122 und 1912 1—39, angeführt S. 6 Anm. 1 aber mit Verwirrung der Zitate; es muß dort heißen 1898 137—212 für die Inselkultur, Eph. a. a. O. für Eleusis, da hier zusammen eine mykenische und eine frühgeometrische Schicht liegt). Jedoch vom 5. Jahrhundert ab ist die Liste zu knapp. Ich nenne daher eine Reihe von bezeichnenden Ausgrabungen: Athenische Mitteilungen 1903 303ff.; 1908 428ff; 1911 308ff.; 1913 296ff.; Annual of the British School at Athens XIII 155ff.; Ephemeris archaiologiké 1914 125ff. An dem Gesamtbild und den Schlüssen änderts dies jedoch nichts, ebensowenig die um ein Jahrhundert zu niedrige Datierung des Friedhofs von Thera (Athen. Mitt. 1918 69ff.). Das Ergebnis lautet: Zahl und Wert der Beigaben vermindern sich im

Laufe der Zeit immer mehr. Früh verschwinden schon die Waffen, was eine Bemerkung des Thukydides bestätigt. Dabei muß aber beachtet werden, daß die Entwicklung in den einzelnen Landschaften nicht gleichmäßig verläuft, sondern daß die kulturell höher stehenden, vor allem Athen und Großgriechenland, vorangehen, während z. B. Boiotien viel konservativer ist. Ich bemerke dazu, daß die berühmten Tanagrafiguren in Gräbern gefunden sind, und daß man auch in Kleinasien (Myrina) Terrakotten dem Toten noch in hellenistischer Zeit mitgegeben hat. Auch in Thessalien sind späte Gräber noch verhältnismäßig reich ausgestattet: interessant ist auch, daß den bei Chaironeia 338 v. Chr. gefallenen Makedonen die Waffen mitgegeben wurden und sich in dem Grabhügel eines Angehörigen des pergamenischen Königshauses ein Schwert gefunden hat (Lit. s. o.). Aber alles dies fügt sich dem vom Verf. gezeichneten Gesamtbild ein. Das archäologische Material erlaubt durchaus die vom Verf. S. 146ff. gezogenen Schlüsse, die sich auf die literarische Überlieferung stützen: Änderung der eschatologischen Vorstellungen, der Rechtsanschauung (das Recht des Toten auf den Selbsterwerb wird nicht mehr anerkannt), demokratische Gesetzgebung gegen den Gräberluxus, interne Abrüstung.

Ein archäologischer Abschnitt schließlich behandelt noch die „Surrogate, Attrappen, Symbole“ Es werden dem Toten nicht immer die Originalgegenstände mitgegeben, sondern billiger Ersatz, z. B. statt des wirklichen Schildes ein Schildchen aus Terrakotta; mit Recht wird bemerkt, daß der „Obolus“ erst spät auftritt. Über die hier wiedergegebene Deutung der Terrakotten auf Konkubinen — und einmal Freudenknaben — habe ich schon oben gesprochen; ich verweise für die spätere Zeit noch auf Adolf Furtwängler, Sammlung Sabouroff II Einl. S. 9ff.

Ich füge als Literatur für Weihgeschenke (S. 105) noch Rouse, Greek Votive Offerings und „Totenmahlreliefs“ (S. 216 Anm. 1) Athen. Mitt. 1914 189ff. hinzu und fasse mein Urteil kurz dahin zusammen: Das archäologische Material ist gut und richtig behandelt.

Berlin. Valentin Müller.

B.

Die vorstehende Äußerung eines archäologischen Kenners habe ich erbeten, um den Lesern und mir selbst willkommene Bestätigung dafür zu verschaffen, daß die reichen Früchte, die der Verfasser vom archäologischen Gebiete heimbringt, nach einem Aufwand von Fleiß und Gelehrsamkeit, den ihm nicht so leicht ein Kritiker nachtun könnte, mit ungetrübter Dankbarkeit genossen werden können. Für unzuständig muß ich mich allerdings auch noch halten, die religionswissenschaftlichen Grundlagen des Werkes zu überprüfen; und schließlich ist der Verf. auch in selbständige philologische namentlich etymologische Erörterungen eingegangen, selber „mit der dem Juristen gebührenden Zurückhaltung“ (S. 56); gerade da habe ich öfter Bedenken, auch da

muß aber dem Fachmann das maßgebende Wort der Kritik vorbehalten werden.

Mit diesen Einschränkungen des Bereiches meiner Stellungnahme begrüße ich Brucks Schrift aufs wärmste. Sie hatte mancherlei Vorgänger zur Hilfe, zumal die richtungweisenden bekannten Forschungen Hans Schreuers über die Toten im Recht, bietet aber erstmals und mit überraschender Fülle der Zeugnisse ein Gesamtbild der griechischen Anschauungen, die mit dem Recht des Toten auf Leistungen zusammenhängen.

Die Schrift behandelt im ersten und zweiten Buch den Totenteil, im dritten die „Seelgerätstiftung" im griechischen Recht. Den letzteren Ausdruck hat der Verf. nicht grundlos gewählt, da er einen historischen Zusammenhang der heidnischen Totenkultstiftung mit dem christlichen Seelgerät und insbesondere einen Übergang der griechischen Vorstellungen von der Psyche in die spätere christliche Auffassung von der Seele annimmt. Trotzdem hätte ich für meine Person es vorgezogen, den Ausdruck außerhalb des Christentums zu vermeiden. Das Buch umfaßt unter den Vorfragen die Entstehung und den Begriff des Eigentums in den ältesten griechischen Quellen und liefert auch sonst Beiträge zu grundsätzlich wichtigen Gebieten. Darunter erscheinen mir die Ausführungen über den Einfluß der Philosophenschulen auf den Habitus des hellenistischen Rechts besonders belehrend und beachtlich.

I.

Nachdem der Verf. die Grabbeilagen in der kretisch-mykenischen Zeit und die Belege für den Totenteil in den Epen festgestellt hat, erklärt er zunächst die nichtjuristischen Grundlagen der Zuwendungen an das Grab: Die primitiven Menschen sind unfähig, sich den Tod vorzustellen, sie glauben an das körperliche Weiterleben des Toten und wollen seine Bedürfnisse befriedigen, fürchten auch die Rache des Toten, falls dies nicht geschieht. Aber die Hauptsache ist doch: „Es muß auch ein Recht der Toten auf den Totenteil anerkannt worden sein", nämlich das fortdauernde Eigentum. Dem Nachweis dieser rechtlichen Vorstellung ist das zweite Kapitel des ersten Buches gewidmet, das mit den ältesten Eigentumserwerbsarten beginnt und dann das Wesen des älteren griechischen Eigentums untersucht. Der Verf. legt auf diese Partie mit Recht Gewicht, wie aus dem Untertitel des Werkes ersichtlich ist.

In den homerischen Epen wird das Individualeigentum in den weit überwiegenden Fällen durch Aneignung erworben, hauptsächlich durch Kriegsbeute und Raub (S. 41). Das normale Kriegsziel ist eben die Zerstörung und Plünderung der Städte, πτολίπορθος ist Epitheton ornans. Vom regelmäßigen Krieg unterscheidet sich nur undeutlich der Raubzug. Auch Raub ist rechtlicher Erwerbsgrund. Daneben entsteht Eigentum durch Eigenproduktion, dann durch Schenkung, Gegengeschenk, Brautgeschenk. Daß im letzteren Falle, der besonders gut durch die nordischen Rechte beleuchtet werden würde, „juristisch be-

reits ein Kaufpreis vorliegt", ist eine ungenaue Wendung. Vielmehr ist, wie wir seit langem wissen und der Verf. richtig erkennt, die Schenkung der Vorläufer des Kaufes, also auch „juristisch". Der reisende Kaufmann ist bekannt, wenn auch in den aristokratischen Epen wenig geschätzt (S. 63). Der Kauf hängt aber wirtschaftlich aufs engste mit dem Raub zusammen; *περᾶν* ist das Fortschleppen und Überseebringen der geraubten Menschen, Verf. glaubt sogar, daß auch in den Wörtern *πιπράσκω* und *πρᾶσις* die alten Wurzeln vom Abtransport des Raubes stecken (S. 65).

Was das so erworbene Recht anlangt, so ist es selbstverständlich richtig, daß der Begriff des absoluten dinglichen Eigentums den Griechen unbekannt war (S. 67). Verf. unterläßt aber — was bei ihm selten vorkommt — die Auseinandersetzung mit einer literarischen Äußerung, nämlich meiner eigenen, Z. d. S.-St. 36, 341, worin ich, wie auch er durch Herbert Meyers germanistische Ergebnisse angeregt, dasselbe in besonderer Ausgestaltung behauptet habe. Ich möchte mich mit einer Bemerkung begnügen. Daß das Eigentum „stets konkret gedacht wird, und zwar im Hinblick auf die beherrschten Sachgüter" (S. 67, wörtlich aus H. Meyer, Hoops' Realenzykl. 1, 530 entnommen) ist gewiß zutreffend und wichtig, aber kaum der bezeichnendste Umstand, sondern dies ist vielmehr die Verbindung des Rechts mit dem Besitz, genauer: dem Haben. Es kommt daher für das Wesen des Eigentums an der Fahrnis m.E. nicht viel darauf an, wie die Gegenstände des Eigentums benannt werden. Was Verf. von seinem Standpunkt eben hierüber ausführen zu sollen glaubt, ist mir aber bedenklich. Das Wort *κτῆμα* hängt mit dem Erwerb zusammen. Daraus, daß dieses Wort in den Epen besonders oft vorkommt, folgt aber keinesfalls, daß für den Griechen das Eigentum mit dem zusammenfällt, was er für sich als Individuum erworben hat (so S. 68), während das germanische Eigen vom Erfolg, dem Beherrschen, ausgeht (S. 70); das ist ein überkonstruierter Gegensatz. Verf. beobachtet selber, daß in der älteren Ilias mit *κτήματα* weit überwiegend Raubgut bezeichnet ist, und er hat ja selbst dies insofern schon erklärt, als der Raub im dortigen Milieu eben vorherrscht. Dies und daß außerdem, was im Wege der Eigenproduktion erworben ist, nicht ausdrücklich mit *κτήματα* bezeichnet wird (S. 69) und daß unter den *κτήματα* nicht einmal alles Raubgut verstanden ist, vielmehr auch die so viel geraubten Viehherden nicht vorkommen, ebensowenig wie sie in die Gräber mitgegeben werden (S. 99), das zeigt doch alles, daß die schmale sprachliche Grundlage für die Annahme einer Besonderheit der griechischen gegenüber der deutschen Auffassung nicht ausreicht. Die Konstruktion des Verf. wird auch nicht besser, wenn er späterhin (S. 81) richtig zwischen den philologischen Streitmeinungen gewählt haben sollte, indem er *κτέρεα* auf die Wurzel *κτε* oder *κτα* und ebenfalls auf das „Moment des Erwerbs" zurückführt, die homerische Wendung *κτέρεα κτερεΐζειν* demnach nicht nur deutet: den Toten mit allen Ehren bestatten, sondern prägnant: mit dem Selbsterwerb bestatten. Denn bestenfalls kann man den Erwerb bei der gewöhnlichen Fahrnis betonen,

um die erworbenen Rechte neben dem Erbgut auszuzeichnen. Das wäre ebenso bedeutsam für die rechtlichen Schicksale der Sache, als unerheblich für das Wesen des Individualeigentums, wo es eben anerkannt wird, vollends für das des Familieneigentums.

Mit dem Wegfall dieser in § 10 kurz und nicht überzeugend vorgebrachten Ausführung würde die wesentlich wichtigere Feststellung in § 11 nur an Geschlossenheit gewinnen. Das älteste griechische Recht unterscheide drei Massen des Vermögens:

1. Grund und Boden, *οἶκος, δῶμα,*
2. die Lebensmittel, vor allem Feldfrüchte und Wein und den Viehstand, *βίοτος, ζωή, πρόβασις,*
3. den Selbsterwerb des Individuums, *κτήματα, κειμήλια, κτέρεα.*

Diese Einteilung stimmt annähernd mit der germanischen überein (H. Meyer in dem S. 73 Note 4 angeführten Artikel „Eigentum", aber auch im Artikel „Sachen" bei Hoops, Reallexikon): unbewegliche Sachen und Viehstand, die auf den Erben übergehen, und sonstige Fahrnis. Was wird also für die Einteilung der Güter maßgebend sein? Doch wohl einerseits die natürlichen Sacheneigenschaften — so liegende, bewegliche und sich bewegende (essende) Habe! — und die wirtschaftlichen Beziehungen, andererseits die Zugehörigkeit hier zur Individualsphäre, dort zum Familiengut, wobei im einzelnen mancherlei vorerst dunkel bleibt.

Die sprachlichen Exkurse des Verf. beiseite, stimmt seine Grundauffassung mit den Vorstellungen überein, die wir uns schon im Anschluß an die ethnologischen Forschungen in der Zeit von Post längst gemacht haben, und bringt ihnen willkommene Bestätigung, nämlich: Dem Toten wird in alter Zeit ins Grab mitgegeben, was er selber durch Beute, Raub, Gastgeschenk, Aufzucht gewonnen hat — wie man aber hinzusetzen muß, insofern es wirklich seinem Individualeigentum zugeschrieben wird. Manche feinen Beobachtungen sind besonders auch den deutsch-rechtlichen Lesern zu empfehlen, wie z. B. S. 89, daß der griechische Totenteil niemals in einer Quote des Vermögens, sondern immer aus einzelnen Gegenständen, die zur Masse des Selbsterwerbs gehört haben, bestand. Sehr treffend urteilt der Verf., daß wir die alleräItesten Gräber nicht kennen, in denen vielleicht wirklich das gesamte selbsterworbene Gut dem Toten folgte. Die Deutung des Satzes im Gortyner Stadtrecht III Z. 37 als einer der Maximalbestimmungen für die Totengabe ist zweifelhaft, dagegen hübsch die Analogie der Weihgeschenke und Opfergaben an die Götter aus selbsterworbenem Gut (S. 105). Daß ich freilich die Schlußfolgerung (S. 119) zu einseitig finde, dies sei der Weg der *κτήματα*: „erst wird geraubt, dann wird der Raub verschenkt, und was übrigbleibt wird ins Grab mitgenommen" — ergibt sich aus dem vorhin Gesagten.

Im Zusammenhang mit der oben von Valentin Müller berührten Frage der kleinen weiblichen Figuren entsteht auch die Frage, wie die Diademe und Schilde aus Blech, die Schwerter aus Holz usw. zu deuten

sind. Bruck (S. 93) betrachtet sie als vorgespiegelte Erfüllung des Rechtsanspruchs des Toten und betitelt auch die nähere Schilderung (S. 141 ff.) hinsichtlich der späteren Periode nicht nur „Surrogate und Symbole“, sondern auch „Attrappen“. Man erinnert sich an die verwandten Fragen anderer Kulte. Ich kann ein für allemal an die Theorie, daß man die Götter bemogelt — z. B. mit der Aufstellung eines Rex sacrificulus; anders schon, wenn man annimmt, daß es sich gemäß hellenistischer, nach Rom übernommener Vorstellung, für eine Republik „schickte“, einen König zu haben (Rosenberg, Realenzyklopädie I A. 1, 726) — oder daß man hier dem Toten etwas vorspiegelte, nicht glauben. Ist schon jemand auf den Einfall gekommen, daß ein Katholik, der ein Abbild seines geheilten Beines in der Wallfahrtskapelle aufhängt, den Heiligen betrügen will? Man verkennt die Tiefe des Symbolgedankens. (Anders auch H. Schreuer, ZvglRw. 33, 400 N. 3.)

Die Zeit vom 8. Jahrhundert ab und die hellenistische Periode zeigen das allmähliche Versickern der Totengaben. Als Gründe ermittelt Verf.: 1. „Die Änderung der eschatologischen Vorstellungen“, nämlich die Ersetzung des Glaubens an den lebenden Leichnam (Schreuer) durch den Glauben an das Fortleben der Psyche, welche Verf. mit Walter F. Otto als den ins Schattenhafte umgesetzten Leib (εἴδωλον) auffaßt; 2. die Bekämpfung der Totengaben durch die Maßnahmen der Demokratien gegen den Begräbnisluxus der Mächtigen und Begüterten (S. 150); schließlich 3. hinsichtlich des Verschwindens der Waffenbeigaben, deren Vererbung, und die Unterdrückung des Waffentragens. In der Begräbnisregelung bei Plato kommen die Totengaben nicht mehr vor.

Diese Schilderung der Grundzüge der Entwicklung wirkt durchaus überzeugend.

II.

Unter dem Seelgerät versteht Verf. „die modale Zuwendung an verschiedenartig bestimmte Empfänger, die die Seelenpflege zu übernehmen haben“ (S. 159). Diese besteht in Totenopfern und in sonstiger Pflege des Totenkults. Das Material dafür liefern die Philosophen-Testamente und zahlreiche sogenannte Stiftungsinschriften, auf deren zweifelhaften rechtlichen Charakter Streiflichter fallen, ohne daß allerdings Verf. die erschöpfende Untersuchung dieser Akte und der durch eine Reihe von ihnen begründeten Vereine zu liefern unternimmt und auch wohl in der Beschränkung seines Themas sachgemäß anzustellen vermag. Verf. stellt fest, daß diese Sorge für den eigenen Totenkult erst vom Ende des 4. Jahrhunderts ab nachweisbar ist und bis ins 6. Jahrhundert nach Christo reicht. Da um dieselbe Zeit, wo die Aufnahme des Totenkults beginnt, die Totenbeigaben stark nachgelassen haben, schließt Verf. auf eine Ablösung der letzteren durch die ersteren. Die „Seelgerätstiftung“ knüpft an den uralten und überall verbreiteten Totenkult (τὰ νομιζόμενα) an, der freiwillig geleistet worden war (S. 179). Ein Kampf gegen das zweifellos einst vorhanden gewesene, aber schon zu schwache Familieneigentum wie im germanischen Rechtskreis ist

nicht wahrzunehmen (S. 188). Der Verf. geht nun in fesselnder Weise den Triebkräften nach, die auf die Entstehung und Entwicklung jener griechischen Fürsorge für den eigenen Kult maßgebend gewesen sein mögen. Er verweist ausführlich auf die religiösen Strömungen im Hellenismus. Der Skeptizismus führt dazu, daß die Erblasser für ihren Kult selber sorgen müssen, weil die Erben nicht mehr vor dem Wiedergänger Angst haben und am Jenseits zweifeln. Andererseits herrschen doch die alten Kultformen noch derart, daß auch die aufklärerischen Philosophen, Epikur eingeschlossen, für ihre Person auf den Kult der Seele nicht verzichten mögen. Ferner bewirkt der Individualismus der Skeptiker — auf den m. E. bei allgemeinen Betrachtungen gerade auch des römischen Rechtsdenkens bisher zu wenig geachtet wurde — die Pflege des ὁ ἐγώ. Alle philosophischen Schulen wenden sich der Pflege des eigenen Innenlebens zu, und damit ist die Seelenpflege nach dem Tode vereinbar, wofür auf Plato, Phaedon 107c hingewiesen wird. Endlich hält Verf. die δαίμων-Vorstellungen für wesentlich; diese Ausführung läßt Zweifel entstehen.

Aber auch ein weiterer Umstand ist bedeutsam: das Zurücktreten des οἶκος und des γένος als der Träger des Kults (S. 232). Da sie auf die alten Familien beschränkt waren, traten nach Verf. im übrigen die θίασοι und ὀργεῶνες als Ersatz für den Totenkult auf. Dafür spreche, daß vielleicht ein Bestattungsgeld gezahlt wurde (S. 237), die Rolle der Orgeonen bei der Adoption in Athen zur Zeit der Redner (S. 238) und — m. E. sehr viel sicherer — die Übertragung der Totenopfer durch die sogenannten Stiftungen, gerade an einen eigens von ihnen gegründeten Verein der Verwandten, z. B. begründet bekanntlich Epikteta von Thera eigens ein κοινὸν ἀνδρείου τῶν συγγενῶν (S. 247). Daß in Attika solche Familienvereine nicht nachweisbar sind, hat Ziebarth auf das Vorhandensein der alten γένη zurückgeführt. Verf. (S. 253) glaubt es durch die Rolle der attischen Orgeonen erklären zu dürfen. Weitere Empfänger der Zuwendungen und der Auflagen sind die θίασοι (S. 256), bereits bestehende Vereine (S. 266), Priester (S. 268) wie in der Stiftung von Kommagene. Dieser Teil des angezeigten Buches ist für die Altertumskunde recht ergiebig, wenn auch vielfach als Konstruktionsversuch mehr Einleitung als Abschluß der Erörterung.

In einer Anhangsausführung kommt Verf. auf die von ihm früher schon so stark geförderte Lehre vom griechischen Testament zurück. Er glaubt nunmehr die Frage beantworten zu können, wie es komme, daß das hellenistische Zeitalter nur noch das Testament ohne εἰσποίησις kannte: Das Adoptionstestament hatte sein Motiv eben im Totenkult, und dieselben Gründe, die die Erblasser bewogen, statt sich weiter auf die Nachkommen zu verlassen, selber für ihren Totenkult zu sorgen, oder aber selber auf den Kult keinen Wert mehr zu legen, brachten das Adoptionstestament zum Verschwinden. Als Zeuge dafür wird der alte Junggeselle Periptolemus im Miles gloriosus (Z. 705—710) angerufen. Diese Bemerkungen sind geistreich — vielleicht zu geistreich. Den Skeptizismus als einen der vom Verf. dargelegten vielen Gründe

für die eigene Bemühung um den Totenkult kann man glauben, als der Grund, aus dem das Adoptionstestament „verschwinden mußte", (S. 274) wirkt er nicht recht einleuchtend. Man bedenke doch, daß an dem Adoptionstestament die Universalsukzession hängt, und das Legatentestament eben dieser entbehrt. Die wirklich treibenden Kräfte für die Gestaltung der Testamentsform müssen m. E. in den erbrechtlichen Anschauungen und insbesondere bei der Schuldenhaftung gesucht werden. Eher könnte man daran denken, so zu formulieren, daß die Einzelvergabungen allein eine gesicherte Grundlage im Brauch hatten und nur zeitweilig durch das aus dem Hauskult motivierte Adoptionstestament beeinträchtigt wurden. Aber auch eine solche Annahme würde ich für nichts weniger als gesichert halten. Über das Verhältnis jener beiden Testamentsformen sind die Akten um so weniger geschlossen, als die von mir seinerzeit (Z. d. S.-St. 30, 469) geforderte neue Untersuchung des Adoptionstestaments noch immer nicht erbracht ist.

Den Beschluß macht eine ebenso gelehrte wie feine Erwägung der Zusammenhänge der hellenistischen Totenkultstiftung mit dem christlichen Seelgerät, dessen Entwicklung unter Mitverwendung der Patristik und der byzantinischen Papyri erforscht wird.

Verf. hat sich einen kleinen, aber menschlich bedeutsamen Ausschnitt des griechischen Rechtslebens gewählt und ihn mit allen Mitteln der Wissenschaft durchleuchtet. Ich muß freilich hier wiederum wie einst bei dem Buche über die Schenkung auf den Todesfall (Z. d. S.-St. 30, 472) erklären, daß mir des Verf. „Perioden zu einfach sind". Aber gerade bei seinem diesmaligen Gegenstand kommt es durchaus nicht darauf an, ob die Zeitabschnitte sich wirklich ganz genau scheiden. Was das Wesentliche des geschichtlichen Ablaufs anlangt, wird man der reichhaltigen und kulturhistorisch bedeutsamen Darstellung schwerlich etwas Entscheidendes entgegensetzen können. Bruck gebührt für seine echt wissenschaftliche Hingebung voller Dank.

Berlin. E. Rabel.

Mélanges de Droit Romain dédiés à Georges Cornil. 2 Bände. XVI u. 590; 663 S. Gand (Vanderporten & Co.), Paris (Soc. an. Recueil Sirey). 1926.

Georges Cornil, dem Brüsseler Romanisten, sind zwei umfangreiche Bände gewidmet worden, die von allen Ländern, in denen die römischrechtliche Wissenschaft blüht, mit Ausnahme Deutschlands und Österreichs, beschickt sind. Die Menge und Mannigfaltigkeit der Mitteilungen ist so groß, daß statt einer Rezension nur ein summarischer Bericht möglich erscheint. Die 42 Artikel sind nach den Verfassernamen alphabetisch geordnet. Ich versuche wenigstens, sie in sachlichen Gruppen mit derartiger Benennung aufzuführen, daß der Leser auf die einzelnen Gegenstände aufmerksam gemacht wird.

Über die romanistische Universitätslehre handelt Appleton. Er gesteht in seinem fortgesetzten rühmlichen Kampf gegen die Verächter des römischen Rechts einige Fehler der französischen Lehre zu: 1. Zu viel problematische Prähistorie; 2. Unterschätzung der romanistischen Verdienste Pothiers; 3. Versündigung gegen den praktischen Verstand in der Auslegung der Rechtssätze; 4. Vernachlässigung der Quellenlektüre, die auch in französischen Übersetzungen nützlich sei; schließlich 5. die Verkennung der moralischen Seite des römischen Rechts. Einiges davon ist auch außerhalb Frankreichs nicht gegenstandslos, doch stellt Verf. selbst die deutsche Verbindung der romanistischen und zivilistischen Lehraufträge als vorbildlich hin. Zum 3. Punkt verteidigt A. neuerlich kräftig seine bekannte Theorie, das membrum ruptum, wegen dessen die XII Tafeln Talion zulassen, bedeute jede Mißhandlung, die nicht os fractum ist. Zum 5. Punkt nimmt er mit Feuer die Verschmelzung von Moral und Recht für die Klassiker in Anspruch, indem er die herkömmliche Auffassung von Paul 62 ad ed. D. 50, 17, 144 anficht. Non omne quod licet honestum est wolle sagen: wiewohl etwas nicht ausdrücklich verboten ist, ist es doch nicht geduldet, wenn es gegen die Ehrbarkeit, gegen das Gebot des honeste vivere verstößt. Diese Ausführungen gewinnen im Zusammenhang mit anderen neuen Schriften an Bedeutung (vgl. unten). Zu bekämpfen wäre es m. E. in grundsätzlicher Hinsicht nur, wenn die Meinung um sich griffe, daß die römischen Juristen Recht und Moral durcheinander warfen, derart, wie es gegenwärtig einige tatsächlich beabsichtigen.

Zur Geschichte der Rechtsquellen zählt ein neuer Beitrag von Arnò über die Stellung des Cassius Longinus zur kaiserlichen Gesetzgebung; ein in leicht lesbarem Spanisch geschriebener kurzgefaßter Kommentar zur lex Julia Municipalis von C. Sanchez Peguero (leider ist dem Verf. die grundlegende Analyse des II. Teiles von Gradenwitz, Sitz.-Ber. Heid. Ak. Phil.-Hist. Kl. 1916, 14 unbekannt geblieben). Bonfante veranschaulicht in knappen Strichen den Kontrast zwischen den XII Tafeln und dem Hammurabischen Gesetzbuch, dort abendländischer Freiheit und bürgerlicher Gleichheit, hier einem im ethischen Sinn barbarischen System. An der Hand der Literatur und diese mit geübtem Blick ergänzend stellt Taubenschlag aus den vordiokletianischen Konstitutionen die volksrechtlich erklärbaren Tatbestände zusammen. In einer anmutigen Studie behandelt P. Noailles die seltsamen Schicksale des Ms., das unter dem Namen des von dem Griechen Papadopoli mit bewundernswerter Fälscherfrechheit erfundenen Juristen Tipukeitos geht, und fragt zum Schluß, ob die von Ferrini und Mercati auf das juristische Seminar in Leipzig übergegangene Edition dem Tipuzitus das einzige Leben verschaffen wird, auf das er ein Recht hat, das Leben eines ehrlichen gedruckten Buchs.

Andréadès spricht interessant von der Erziehung der durch ihre Bildung bekannten byzantinischen Bureaukratie im 8. bis 12. Jahrhundert und der Rolle, die die aufeinanderfolgenden Universitäten

von Konstantinopel darin spielten. Ebenso Zulueta von Wahrmunds schöner Ausgabe der summa aurea des Wilhelm von Drogheda, Zeitgenossen des Bracton, mit eigenen Beiträgen und der Feststellung, daß die nun vollkommenere Kenntnis der Schrift die Annahmen Maitlands vom Einfluß des kanonischen Prozesses auf England bestätigt. Zocco Rosa verweist auf die römischrechtliche Beeinflussung des montenegrinischen bürgerlichen Gesetzbuches (1888 und 1898), das von dem Romanisten Bogisic herrührt; insbesondere sind in den Art. 998 ff. zahlreiche Sentenzen aus D. 1, 3 und 50, 17 wiedergegeben. Dieser Beobachtung kann ich beifügen, daß zu großem Teil die „allgemeinen Grundsätze", die in der heutigen völkerrechtlichen Praxis ein überaus wichtiges Füllsel der Rechtsquellen bilden, sich mit denselben und anderen romanistischen Maximen decken.

Außerdem erfährt die Nachgeschichte des römischen Rechts Beleuchtung durch Beiträge von Bortolucci (teilt der Kuriosität wegen eine Vermutung von Pietro Giordani mit, bei Arnob. adv. nat. 2, 6 Reiff. sei unter Marsyas Pomponii ein Werk des Juristen Pomponius verstanden); Ganshof (Zusammenhang der mittelalterlichen „rouage" genannten Maut mit dem klassischen vectigal rotare); Garaud (das römische Recht in den Chartes von Poitou des 9. bis 11. Jahrhunderts); Naber (vermutlicher Verfasser des Brachylogus sei Pepo, vgl. Fitting, aber auch Kantorowicz, diese Ztschr. 23, 31; 31, 29); Stoicesco (Berührungen des rumänischen Rechts mit dem römischen hinsichtlich der ausführlich geschilderten Zauberriten); Viard (Römisches Recht in Urkunden von Montpellier im eigentlichen Revolutionsjahr 1793).

Zum Zivilprozeß gehört eine umfängliche Studie von Jobbé-Duval; Verf. hat sich 1905 bekanntlich an E. I. Bekkers Lehre angeschlossen, daß das gleichzeitige Bestehen von Legis actio und Formel in der Zeit von der lex Aebutia bis zu den duae Juliae durch eine Mischung von legis actio und Formula zu erklären ist, allerdings unter Abweichungen in Einzelheiten (hier 1, 573). Er sucht diese Lehre gegen die von verschiedenen anderen Theorien her möglichen Einwendungen zu verteidigen. Insoweit sich die Polemik gegen die Theorie Wlassaks wendet, dürfte sie wenig glücklich zu nennen sein.

Meylan leitet die konsumierende Wirkung der Litiscontestatio nicht aus der Natur der l. c. als Schiedsvertrags, sondern als logische Folge des iudicatum facere oportere ab. Seine Grundlage ist die dogmatische Trennung der Regel ne bis de eadem re sit actio, die keine Konsumption enthalte, von der sie historisch ablösenden Konsumption. Diese hatte nach Verf. ihren Sitz bei den persönlichen Klagen, erstmals bei der l. a. per condictionem, und sie wurde der Jurisprudenz dadurch abgezwungen, daß man eine Geldobligation sui generis aus dem Urteil anerkannte; denn diese hatte zur Voraussetzung, daß die in den Streit geführte Forderung erlosch. Diese Abhandlung bestätigt den Eindruck, daß Meylan uns manches zu sagen hat. Nur wird es, auch abgesehen von einigen etwas gewagten Behauptungen, wie sie ja immer noch auf dem Gebiet der Spruchformel üblich sind, nicht ganz

leicht sein, sich mit den Andeutungen, die Verf. bietet, auseinanderzusetzen. Nähere Ausführung wäre zu begrüßen.

Perozzi sieht sich durch De Visscher, Revue historique Sér. 4, 4 (1925) 193ff. den Beweis vorweggenommen, daß es „im klassischen (Formular-) Verfahren niemals eine intentio in factum gegeben habe und Gai. 4, 60 eine Interpolation sei". Zum letzteren Punkt bringt er aber weitere Beweise nach. Während De Visscher S. 214 N. 1 und 218 N. 1 sich trotz einiger Bedenken für die Echtheit des 1. Teils des § 60 bis zu den Worten: quod an debeamus credere, entschied, hält Perozzi den ganzen Paragraphen für nachklassisches Machwerk. Die Vermutung, was die „quidam", deren Meinung „diligentius" untersucht werden soll, wollten (2, 208), ist wieder einmal höchst scharfsinnig, die Argumente beider Gelehrten machen durchaus nachdenklich. Ob aber die Perozzi mit Recht als besonders anstößig erscheinenden Worte des Ms.: demonstratorio mo(do) designetur sich einer Emendation völlig entziehen, wie im Unterschiede zu Böcking und Huschke sämtliche neuere Herausgeber offenbar annehmen, und ob von dem Text rein nichts zu retten ist?

In der vorzüglich geschriebenen, wenn auch m. E. etwas zu stark pointierten Abhandlung von Lévy-Bruhl wird das Edikt D. 2, 2: Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur, als Ausfluß des Talionsgedankens erfaßt und die Fortdauer der primitiven Regelung mit dem Aufleben der Talion im Strafprozeß — Wiedervergeltung für kalumniöse Anklage — sowie mit dem Mangel ausreichender Sanktionen gegen ungesetzliche Verwaltungsakte erklärt. Geradezu von einer „Talion im Formularverfahren", „Korrektur einer Ungesetzlichkeit durch eine neue Ungesetzlichkeit" sollte man nicht sprechen; am besten wohl überhaupt nur von einer Nachwirkung der archaischen Talion und nicht von einer unmittelbaren Schöpfung archaischer Zeit, denn daß — worauf Verf. 2, 78 als Zeichen der Herkunft aus der ältesten Repression verweist — die Straflosigkeit des Versuchs, die bei diesem Delikt bezeugt ist (D. 48, 19, 18, Len. Ulp. 218), ein isolierter Rest der archaischen Erfolgshaftung sei, während das römische Strafrecht darüber seit Ciceros Zeit hinweggeschritten sei, ist eine kaum haltbare Auffassung. Sie widerspricht dem, was gleichzeitig Mommsen, Strafrecht 95f., und Ferrini, Dir. penale 246 über die Behandlung des Versuchs lehrten und nicht erschüttert ist (Verf. setzt sich im übrigen auch nicht mit mancherlei Interpolationsvermutungen der Literatur auseinander).

Die Mehrzahl der Aufsätze ist dem Privatrecht gewidmet. Aus ihnen ragt an Umfang und Tragweite der Beitrag Riccobonos hervor. Äußerlich ein ganzes Buch, das er der Festschrift einverleibt hat, inhaltlich die kraftvolle Synthese seiner langjährigen Forschungen, die dokumentierte Zusammenfassung seiner Stellungnahme zu der größten und die heutige Romanistik zutiefst bewegenden Frage nach dem Verhältnis des klassischen zum justinianischen Recht. Riccobonos bedeutendes bisheriges Schaffen ist hier so faßlich erläutert und nahegebracht, daß

man hoffen darf, es werde nun seine segenreichen Wirkungen vervielfältigen. Es handelt sich in der Tat um nichts geringeres als die grundsätzliche Bekämpfung der Mängel jener interpolationenkritischen Methode, die in den letzten zwei Jahrzehnten immer einseitiger betrieben worden ist, und darüber hinaus positiv um die Anschauung von der Entwicklung des römischen Rechts zum byzantinischen hin. Riccobono ist glücklicherweise nicht der einzige Führer, der uns seit den Bahnbrechern der modernen rechtsgeschichtlichen Wissenschaft geblieben ist, aber er ist zur Zeit derjenige, der mit der größten Tatkraft und Wucht, auch mit der lebendigsten Leidenschaft — die sich stellenweise zu schwunghaftem Pathos steigert — dem methodologischen Problem zu Leib rückt und gleichzeitig in massenhaften Einzelheiten den „Wortforschungen“ u. dgl. die Ergebnisse umsichtiger rechtsgeschichtlicher Untersuchung entgegenstellt. Spott und Strenge, die er zu wiederholten Malen gegen die „Grammatiker“, denen die glorreiche Romanistik heutzutage in die Hände gefallen sei, aus dem Herzen fließen läßt, sind von so viel Liebenswürdigkeit umgeben, daß kaum jemand verletzt wird; wenn aber seine Mahnung, viele — ja, man muß sagen, die meisten heutigen Schriftsteller unserer Wissenschaft zur Gewissensprüfung veranlaßte, so wäre das gegenseitige Verständnis, die friedvolle gemeinsame Arbeit und der Fortschritt der Forschung sehr stark gefördert. So ist die Bedeutung der Schrift, der übrigens eine weitere Zusammenfassung in dem Vortrag Diritto romano e diritto moderno, Discorso inaugurale, Palermo 1925, G. Castiglia, zur Seite tritt, nicht hoch genug zu veranschlagen.

Der Beitrag hat keinen einheitlichen Titel, sondern zerfällt in vier Aufsätze, von denen aber nur der zweite, L'arbitrium boni viri nei fedecommessi nicht die grundsätzlichen Probleme als solche erfaßt. Die erste Abhandlung geht von den den Faktoren des justinianischen Rechts gewidmeten Äußerungen Partschs, diese Ztschr. 44, 559 aus, dem hingeschiedenen Freunde wohltuende Worte der Trauer zollend und dessen Lösung „ingegnosa e fine, degna dell' acuta mente del rimpianto amico“ nennend. Hatte jedoch Partsch zwar mit R. den byzantinischen usus modernus anerkannt, ihm entgegen aber auch und zumal Rücksicht auf die östlichen Rechtsschulen und auf die hellenistischen Anschauungen verlangt, so will R. jetzt gründlich diesen Vorbehalt zerstören. Er lehrt: die griechischen Rechtsvorstellungen und Gewohnheiten haben gewiß Einfluß gehabt, aber zu allen Zeiten vom Ende der Republik an und niemals in einer die römische Rechtsentwicklung geradezu bestimmenden Weise. (Zum ersten darf ich sofort einflechten, daß die Frühdatierung der griechischen geistigen Einflußnahme in einem wichtigen Punkt durch die unten zu erwähnende Schrift von Stroux bestätigt wird; zum letzten, daß ebenfalls ein Punkt, die Art des Einflusses der griechischen Philosophie auf die römischen Juristen, mit meinen alten Ergebnissen übereinstimmt.) Die nachklassischen Rechtsschulen, die selbständig das Recht umbogen und weiterentwickelten, gehören der Phantasie an; als bezeichnend für ihre Arbeit im 5. Jahr-

hundert kennen wir ausschließlich die Scholia Sinaitica, wo jede Spur einer Überarbeitung des römischen Rechts fehlt. Daß endlich die durch die griechisch-ägyptischen Papyri enthüllten Rechtsgewohnheiten nicht unmittelbare Schlüsse auf die Bestimmung der justinianischen Gesetzgebung durch östliche Provinzialrechte zuließen, habe Mitteis gegen Ende seiner ruhmreichen Laufbahn in dem Vortrage über Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium bekannt. (Dieser skeptische, aber auch in der Skepsis vorsichtig gefaßte Vortrag, den R. erst neuerdings kennen lernte, ist bisher zu wenig gewürdigt worden, wahrscheinlich teils wegen des Kriegs, teils weil Mitteis infolge seiner höchstgespannten wissenschaftlichen Anforderungen seinen mit unvergleichlicher Eleganz und Leichtigkeit entworfenen Vorträgen selbst Verbreitung zu geben verschmähte.)

Was Partsch a. a. O. und ähnlich Levy, diese Ztschr. 46, 421 als Verdienst Riccobonos ohne weiteres akzeptierten, dürfte für die Besonnenen unter den heutigen Romanisten nicht mehr in Frage stehen. Seine glänzenden Schilderungen der Entwicklung von den prätorischen Institutionen und von der extraordinaria cognitio her zur Kompilation mögen im einzelnen da und dort zu bekämpfen sein; das Hauptergebnis, die Verschmelzung des Zivilrechts, des prätorischen Rechts, des Inhalts der Kaisererlasse und der Resultate des sogenannten außerordentlichen Verfahrens entspricht zu sehr der Meinung, die vor etwa 20 Jahren herrschte, als daß ihre Wiederauffrischung und gelehrte Fundierung, die wir R. verdanken, Widerstand finden könnte. Ich gehe in der Zustimmung noch einen Schritt weiter als die beiden früheren Rezensenten dieser Zeitschrift. Die Bedeutung der östlichen Rechtsschulen für die Entwicklung der Rechtssätze (im Unterschiede zu Definitionen und Klassifikationen) wird tatsächlich übertrieben, bisweilen schlechterdings erfunden, um, was man den Klassikern willkürlich nimmt, jemandem zuzuschreiben, der Justinian nicht sein kann. Jedenfalls aber ist es ein methodisches Postulat erster Ordnung, daß wir unbekannte wissenschaftliche Mitarbeiter am Corpus iuris nur aus zwingenden Gründen anrufen und die Dogmen, mit denen das jus civile begann oder die es sogar noch prinzipiell festhielt, nicht als der römischen Juristenweisheit letzten Schluß ausgeben. Die Zuspitzung, die Verf. freilich seinen Thesen gelegentlich gibt, kann ich mit Partsch und Levy nicht für richtig halten. Ähnlich wie Levy annahm, daß R. schwerlich die Verschiedenheit der Einwirkungen auf die Kodifikation ganz in Abrede stellen wolle, muß ich noch nach den letzten Formulierungen des Verf. zweifeln, ob er denn selber nicht an ein durch eigenes juristisches Denken der Zwischenzeit beeinflußtes, sondern an ein gewissermaßen automatisches Ineinanderfließen der klassischen „Rechtsordnungen" zum byzantinischen Recht glaubt. Die „Praxis" des 4. bis 6. Jahrhunderts spielt natürlich auch für R. eine Rolle. Wie wollte man leugnen, daß die Praxis sowohl der Prozesse als der Verträge zu der von R. so lichtvoll dargelegten „Fusion" beitrug, viel beitrug, und daß sie selbst aus den alten Rechtsideen des griechischen und griechisch-orientalischen Ostens zwangs-

läufig mitbestimmt wurde, deren Zähigkeit uns immer wieder in Erstaunen setzt? Wie auch den Einfluß geistiger Strömungen und wirtschaftlicher Tatsachen während dreier Jahrhunderte? Es kann gewiß nicht falsch sein, alle diese kulturellen Triebkräfte auf ihre juristische Wirkung zu untersuchen, auch sind die hoffnungsvoll begonnenen Forschungen doch schon als recht ergebnisreich anzuerkennen; ich würde dazu eine stärkere Aufnahme der national-ökonomischen Beiträge dringend wünschen.

Nur ein einziges Beispiel statt unzähliger und abseits von weitwendigen Fragekomplexen. Die wahre, d. h. direkte Stellvertretung war im jus civile grundsätzlich unbekannt, aber nach dem Nachweis Mitteis' im prätorischen Recht vielfach zugelassen, im Verfahren extra ordinem offen angewendet. Ich glaube übrigens dargetan zu haben, daß auch der Ausschluß der Stellvertretung im Zivilrecht cum grano salis zu verstehen ist. Nun hat man behauptet, die offensichtliche (obzwar zu schüchterne) Begünstigung der Stellvertretung durch Tribonian schreibe sich vom Osten her, wo angeblich das altgriechische Recht und zumal das Recht der Papyri glattweg sich zu einem dem römischen entgegengesetzten Prinzip bekannt hätten. Riccobono aber lehrt (S. 377, ebenso im oben ang. Vortrag S. 19ff.), das jus civile habe seinen handelsfeindlichen Grundsatz deshalb so zähe aufrechthalten können, weil für die Bedürfnisse des Handels eben anderweitig reichlich gesorgt war; man hatte die gesetzliche Vertretung, die gerichtliche Vertretung, die Vertretung im freien Handel (und die Sklavenwirtschaft und das dogmatisch gar nicht zu unterschätzende System der Doppelhaftung!). Bis hierher stimmen wir überein. R. folgert indessen, das Institut sei also „d'origine prettamente romana", und wenn die heutigen Kritiker ihm fremden Ursprung zuschreiben und es auf den Einfluß von Provinzialrechten zurückführen, so müssen sie in diesem Punkte ihre erste Niederlage verzeichnen. So stark ich mich mit R. in der Betonung der klassischen Grundlagen auch der Stellvertretung begegne, scheint mir doch die Schlußfolgerung übersteigert. Wenn dort die Stellvertretung in vielen Einzelfällen offenbar bedenkenlos zugelassen wurde, so ist es nach beiden Seiten hin wichtig, daß sich diese Fälle großenteils mit denen der hellenistisch beeinflußten Rechte decken, insbesondere daß, wie ich es ausdrückte, die gedanklichen Grundlagen überall dieselben sind. So weit haben das „rein römische" und das griechisch beeinflußte Element den gleichen Inhalt! Unzweifelhaft aber finden wir im Osten eine weitaus größere Fülle und wohl auch dogmatisch zum Teil anders als in Rom zu wertende Erscheinungen der Vertretung. Daß diese Praxis auf das justinianische Gesetzbuch ohne Bedeutung geblieben sein sollte und nicht vielmehr die Keimkraft des Gedankens der Vertretung durch seine Bestätigung und Anwendung im Osten wuchs, ist doch wohl wenig wahrscheinlich. Z. B. der Verallgemeinerung der Rechte des procurator omnium bonorum auf jeden Mandatar kann diese Praxis nicht fernstehen. Man kann von diesem Kausalzusammenhang auch gelegentliche rückschrittliche Erfolge erwarten. Gelegentlich

scheint Justinian hinter das klassische Recht zurückzugehen. Sollte ein Kaufvertrag zugunsten eines Dritten nach klassischem Recht schlechthin nichtig, also nicht einmal zu einer Klage des Mittelmannes selbst tauglich oder durch eine Genehmigung des Dritten umwandelbar (Mitteis, Röm. Priv.-R. 217 N. 43) gewesen sein? Paul. D. 44, 7, 11 versichert dies und wohl nichts anderes (Mitteis a. a. O.). Aber trotz des scharfsinnigen Erklärungsversuchs von Mitteis darf man diese, die Umstände der Einzelfälle ignorierende Verallgemeinerung wohl für interpoliert halten (meine Grundzüge 506 letzter Abs., 512 N. 1; jetzt auch eben Riccobono, Studi Perozzi 361 N. 3; noch weitergehend Perozzi, Ist. 2, 175 N.). Wenn es aber wirklich Just. ist, der diese simplifizierende Behauptung wagt, so ist das nur dadurch möglich, daß Kaufverträge zugunsten Dritter in der Praxis keine Rolle spielten, eben weil man dergleichen Verträge im Interesse Dritter in deren Namen schloß.

Dankbar wird die Liste S. 303 ff. begrüßt werden, wo R. die Ergebnisse seiner zahlreichen Arbeiten sammelt. Die letzte (vierte) Abhandlung schließt sich mit einer weiteren Liste und einer neuen Würdigung der cognitio extra ordinem an, ein Kapitel, zu dem wir nachfolgende Studien des Verf. erwarten dürfen.

Im Rahmen dieser beiden großlinigen Aufsätze steht im dritten auch noch eine Wertung von „verba und voluntas" anläßlich der Betrachtung des Verhältnisses von Legaten und Fideikommissen. Wenn R. hier die Begründung des justinianischen Erbrechts auf den Willen des Erblassers darauf zurückführt, daß die Klassiker nur durch die solennen Formen gehindert wurden, ebenso dem Willen vollsten Raum zu schaffen, so daß „das Verschwinden der solennen Formen" die einzige Schranke fallen ließ — so ist dabei natürlich an die Beseitigung des Formalismus und nicht der Testamentsformen gedacht. Man wird vielleicht wiederum den historischen Ablauf nicht so mechanisch denken wollen. Aber es ist sehr lebhaft zu begrüßen, daß den Juristen ihr Ruhmestitel, das Recht durch die Rücksicht auf den Willen verfeinert zu haben, durch einen so beredten Vorkämpfer gewahrt wird. Mens, voluntas, animus sind von der Zeit Ciceros ab der dauernde Mittelpunkt der juristischen Gedankenführung. Die kurze, aber eindrucksvolle Darstellung R.s S. 357 ff. findet schon heute ihre Stützung durch eine Reihe anderer neuer Arbeiten.

Hierher gehört in derselben Festschrift Guarneri-Citati, En matière d'affranchissements frauduleux, der nach Verzeichnung der zahlreichen Versuche bedeutender Autoren, den animus mehr oder weniger in den byzantinischen Bereich zu verbannen, und des Beginns einer Gegenströmung, die bisher nicht beachtete Lehre von der Benachteiligungsabsicht bei der Freilassung gründlich durchforscht. Das wesentliche Ergebnis, daß das consilium fraudis der ganzen Juristenlehre zugrunde liegt, ist durchaus bewiesen. (Über andere Punkte läßt sich hier leider nicht sprechen.) Ferner hat Sokolowski einen längeren Aufsatz über das „Willensproblem im römischen Recht" beigesteuert, der allerdings die modernen Streitfragen beiseite läßt, die Bedeutung

des Problems aber deutlich zum Bewußtsein bringt. Endlich und vor allem ist vor kurzem eine Schrift des Münchener Philologen Joh. Stroux[1]) erschienen, die unseren Problemen helles Licht bringt. Die Auswirkung der griechischen Philosophie und Rhetorik auf Cicero und seinen Kreis, die von Riccobono S. 309 berührte causa Curiana, die Riesenarbeit der Rhetorik und Jurisprudenz an der Auslegung der Erklärungen nach dem Willen und nach Treu und Glauben werden in technischer Schärfe herausgestellt. Die glänzende Abhandlung hat ihren Titel und Ausgangspunkt vom Satze Summum ius summa iniuria, auf den auch mittelbar Appleton (1, 76) und unmittelbar Riccobono (2, 253) zurückgreifen. Koschembahr-Lyskowski handelt von der Bedeutung der guten Sitten. So schließen sich die jüngsten Arbeiten zu einem Gesamtbild, das nicht so leicht wieder verwischt werden kann. Daß ich an Eigentümlichkeiten der byzantinischen Voluntas-Theorie glaube, habe ich gelegentlich bekannt; daß humanitas und pietas in besonderer, christlich beeinflußter Gestalt auftreten, ist unbestreitbar. Aber den Klassikern den erklärten Drang nach der Durchsetzung des wahren Willens, der Billigkeit (aequitas und bona fides) und der Sittlichkeit abzusprechen, das ist ein Attentat, dem sich nur noch der soeben in Mode stehende Angriff auf die Echtheit der römischen Lehre von der Verantwortlichkeit für das schuldhafte Handeln vergleichen läßt.

Es ist reizvoll, nach Riccobonos eindrucksvollem Streitprogramm den Festschriftartikel Albertarios eingehender zu würdigen, des bewußt einseitigsten derjenigen Vertreter der gegnerischen Richtung, die doch zugleich gegenüber den Erfordernissen der Rechtsgeschichte ernsthafte Achtung betätigen. A. hat in mehreren Untersuchungen über die Bestimmtheit der Leistung als Erfordernis der gültigen Obligation weitgehende Folgerungen behauptet. (Gegen einen dieser Schlüsse polemisiert Riccobono im zweiten seiner Aufsätze.) Nach Albertario ergibt sich für das klassische Recht auch die strikte Ablehnung des generischen Mitgiftversprechens und Legats. Während Riccobono, Z. d. S.-St. 34, 180 in C. 5, 11, 1 die Begründung cum neque species ulla nec quantitas promissa sit für interpoliert erklärt hatte und die für widersprechend gehaltenen Stellen für echt, auch Albertario selbst, L'arbitrium boni viri del debitore, Pubbl. Univ. Catt. Milano (1924) 5, estr. p. 9, diesen Gedanken folgte, geht A. nun (Riv. dir. comm. 24, I, estr. p. 11 und hier) mit nicht zwingenden, aber beachtlichen Gründen von der Echtheit von C. 5, 11, 1 aus und verwirft die Entscheidungen bei Pap. D. 23, 3, 69, 4; Cels. D. 32, 43; Gord. C. 5, 11, 3. In der Tat sind diese Stellen, insofern sie auf das Ermessen des Richters nach Maßgabe des Vermögens des Dosbestellers und der dignitas des Ehemanns verweisen, sprachlich verdächtig und sachlich mit dem Formularverfahren der actio ex stipulatu nicht vereinbar. Geistvoll ist es auch, wie Alb. zur

[1]) Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris. S.-A. aus der nicht im Buchhandel erschienenen Festschrift, Paul Speiser-Sarasin überreicht von seinen Kindern, Leipzig (1926), Teubner.

Bekräftigung die klassische und byzantinische Auffassung der Grenzen der auctoritas des Tutor mulieris (cf. D. 23, 3, 61) und des consensus des Curator mulieris an Cels. D. 23, 3, 60 zu kontrastieren versteht.

Aber bei C. 5, 11, 3 tritt die Frage der Natur des Verfahrens auf, in allen jenen drei Stellen die allgemeine Frage, wie der Hinweis des Dosversprechens auf den arbitratus des Bestellers oder der Tutoren behandelt wurde. Das greift in größere, nun bestrittene Zusammenhänge. Albertario baut aber hier nur auf den Gegensatz der Entscheidungen zu C. 5, 11, 1. Dieses Argument überzeugt nicht. Wie ist C. 5, 11, 1 zu verstehen, wenn der Text voll echt ist? Diese Frage ist natürlich nicht neu. Die ohne Rücksicht auf die sonstigen Rechtssätze rein nur auf die isolierte Stelle passendste Deutung steht bei Czyhlarz, Dotalrecht 103: es war „überhaupt gar keine promissio dotis abgeschlossen, sondern lediglich im Heiratskontrakt die Bemerkung beigesetzt, daß eine Dos promittiert worden sei". Für Albertario müßte entweder das ganze Argument des Kaisers aus dem Ehevertrag (sed hactenus . . .) unbeachtlich sein, was nicht angeht, oder das Reskript müßte sowohl die Stipulation (mangels der Bestimmtheit) als auch das Dotalinstrument (mangels neuer Stipulation) für unzureichend erklären, und das ist mehr, als die unbefangene Lektüre des „cum-sed", nicht cum neque-neque oder ähnlich ergibt. Andererseits ist es wirklich nicht am Platze, eine Stelle wie D. 23, 3, 69 § 4 nach dem Einfall Beselers, Z. d. S.-St. 45, 443, dem A. nunmehr einfach folgt, zurechtzumachen wie folgt:

> Gener a socero dotem arbitratu soceri certo die dari non demonstrata re vel quantitate stipulatus fuerat: [arbitrio quoque detracto] stipulationem ⟨non⟩ valere placuit [nec videri simile quod] ⟨cum etiam⟩ fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret [cum — *fin*].

Hierzu sei nur bemerkt: 1. Die nicht beanstandeten, nachhinkenden Worte vel stipulationem sind am ehesten anfechtbar. Hinsichtlich des Legats einer generisch bezeichneten, nicht vertretbaren Sache ohne Beschränkung auf die im Nachlaß befindlichen Sachen dieser Art entsteht noch für das gemeine Recht die Frage, „ob nicht das Vermächtnis wegen mangelnder Bestimmtheit" (richtiger: Bestimmbarkeit) „ungültig ist" (Windscheid § 655 bei N. 8), und diese Frage bleibt, wenn die Auslegung „einen festen Vermächtnisinhalt nicht finden läßt", noch heute zu bejahen (Kipp zu Windscheid 3, 683); ein „Grundstück", schlechtweg vermacht, würde auch gegenüber der Hilfe aus § 2155 BGB. Schwierigkeiten bereiten. Aber jedenfalls ist zwischen dem Mangel an Bestimmbarkeit, der auch heute die Obligation vernichtet, und dem Mangel der Bestimmtheit zu unterscheiden, von dem gerade erst zu beweisen ist, daß die Klassiker ihn gar nicht zu überwinden, ja zu mildern verstanden haben sollen. — 2. Der Tatbestand betont, daß die Mitgift arbitratu soceri versprochen war. Hält man die Worte [arbitrio quoque detracto] für justinianisch (was keineswegs ausgemacht ist), so ergibt sich noch ein zweites Argument dafür, daß die Erörterung

Papinians und der etwa von ihm zitierten Vorgänger eben die Wirkung dieser Klausel betraf, während es nach Albertario völlig gleichgültig sein mußte, ob der arbitratus in der Stipulation stand oder nicht. Da nun sogar der Unterschied der unzulässigen Klausel si volueris von der zulässigen si fueris arbitratus feststand (für das F. C. Ulp. D. 32, 11, 7), hier aber nur das Quantum in das Ermessen des Schuldners gesetzt war, so ist mindestens nichts in der Stelle selbst enthalten, was erlauben würde, aus dem valere ein non valere zu machen. — 3. Wird dann noch „nec videri simile quod" in das Gegenteil verkehrt, so muß das gegenseitige Verständnis der Romanisten, das oben postuliert wurde, denn doch leiden. Wir verdanken Albertario so viele Anregungen, daß unsere Anerkennung gern uneingeschränkter würde.

Ich bedauere lebhaft, daß kaum noch der Raum verbleibt, der wichtigen weiteren Beiträge zu gedenken. Vom Personenrecht handeln Desserteaux (Wirkungen der Capitis deminutio); Duquesne (die lex Plaetoria hat ausschließlich eine private populare Strafklage geschaffen); De Francisci in einer feinsinnigen und lichtvollen Geschichte der revocatio des undankbaren Freigelassenen in servitutem; Philippin (der Haussohn als Vormund); De Visscher mit einer bedeutsamen Unterscheidung des Gebiets der Kuratel und der Interdiktion wegen Verschwendung, wodurch angeregt Collinet die ursprüngliche Interdiktion wegen Wahnsinns (Paul S. 3, 4a, 7) herstellt. Im Obligationenrecht fesselten mich besonders die Beobachtungen von Arangio Ruiz über die Einteilung der Obligationen und die nachklassischen Bearbeitungen des Gaius, die sich mit neuen Forschungen von Albertario (Rend. Ist. Lomb. 59, 1926, fasc. 11—15, zwei Aufsätze) verbinden; die wohlüberlegte Stellungnahme Bucklands zur ediktalen, aber eng umschriebenen actio de aestimato; und Monniers m. E. überzeugender Nachweis, daß das Recht des Käufers auf Manzipation nicht zum Recht auf Tradition gehört (D. 19, 1, 11, 2 quae res — obligat itp.). Aber auch Cuq (gegenseitige Verbürgung); der zu früh verstorbene Lefèvre mit scharfsinnigen Schlüssen aus D. 41, 3, 21; Willems (Wirkung des Konstituts auf die Korrealobligationen) verdienen Dank; ebenso in weiteren Materien Astoul in ansprechender historischer Deutung von D. 5, 3, 45 (Celsus ließ den qui se hereditatis petitioni obtulit (echt) ex doli clausula haften, während Marcellus, cf. D. 5, 3, 13, 13, aus den Erwägungen eben des Celsus selbst die Angleichung des liti se obtulisse bei der hereditatis petitio und der rei vindicatio ableitete); van Kan (Ausdrücke für den Besitz bei Plautus); Petit (Erklärung von Vat. Fr. 283 aus zwei aufeinanderfolgenden Schenkungen).

Dankenswert ist es auch, daß sich Fliniaux der vernachlässigten actio de pastu annimmt, aber heutzutage von der Interpolationenforschung so wenig Notiz zu nehmen, daß z. B. das „in factum itaque erit agendum" am Schluß von D. 19, 5, 14, 3 (vgl. De Francisci, Synallagma 2, 86) ohne weiteres als echt behandelt wird (2, 257), zumal im Titel de praescriptis verbis, das entspricht allerdings nicht dem, was not tut. Noch größere Mühe würde es verursachen, den Aufsatz von

Frese über Prokuratur und Negotiorum gestio mit dem von ihm ignorierten neuern Literaturstande auseinanderzusetzen. Auch dem gelehrten aber phantastischen Artikel von Michon über die (angebliche) Schaffung des Agnatenerbrechts und der Erbteilungsklage durch die 12 Tafeln und über die Grabinschriften gegen den heres extraneus wäre es zustatten gekommen, wenn die seit Mommsen, Z. d. S.-St. 16, 203 erwachsene Literatur, insbesondere auch die Abhandlung von Albertario, in Filangieri 1910, n. 7—8 benutzt worden wäre.

Berlin. E. Rabel.

Paolo Terruzzi, 1. La Legislazione agraria in Italia all' epoca dei Gracchi. Estratto dalla „Rivista d'Italia" Fasc. 5. Milano 1926.

2. Studi sulla Legislazione agraria di Roma. „Enigmi Graccani e Post-graccani". Estratto dall' Archivio Giuridico Vol. XCVII Fasc. 1. Modena 1927.

Seitdem Max Weber 1891 in der Römischen Agrargeschichte und Ed. Meyer in seinen 1894 zuerst erschienenen Untersuchungen über die Geschichte der Gracchen die Behandlung der Rechtsfragen und des Verlaufs der gracchischen Agrarbewegung auf eine neue Grundlage gelegt haben, sind nicht bloß in Deutschland zahlreiche Arbeiten über diesen Gegenstand erschienen, der von so großer rechts- und geschichtswissenschaftlicher Bedeutung ist. Besonders haben auch italienische Gelehrte vortreffliche Beiträge dazu geliefert. Ich hebe nur die Studi Graccani von Cardinali hervor, die 1913 im XX. Bande der Atti d. Univ. di Genova erschienen sind, eine Arbeit, in der die ganze Entwickelung bis zu dem Gesetz vom Jahre 111 eingehend behandelt wird, und Fraccaro, Studi sull' età dei Gracchi, in deren erstem und, soviel ich weiß, bis jetzt einzigem, 1914 erschienenem Teil im Anschluß an eine scharfsinnige Kritik der Quellen die Kenntnis der Geschichte des älteren Gracchus in vieler Beziehung gefördert wird. Auch die vorliegenden Schriften Terruzzis, eines Advokaten in Mailand, die vorzugsweise die rechtlichen Probleme und die volkswirtschaftlichen Momente betreffen, bedeuten einen weiteren Gewinn für das Verständnis der gracchischen Agrarreform.

Die erste zunächst für den Leserkreis der Rivista d'Italia bestimmte Schrift bietet allerdings in einer zwar sehr gewandten aber vielfach überschwenglichen Darstellung nur allgemein gehaltene Ausführungen, die in vielen Punkten von der herrschenden Anschauung abweichen, die zweite Schrift ergänzt sie indes durch scharfsinnige wissenschaftliche Erörterungen über einzelne besonders schwierige Fragen. Mit Recht lehnt hier der Verf. die Ansicht ab, daß Tib. Gracchus den Possessoren als Entschädigung für die entzogenen Okkupationen die Umwandlung des ihnen verbliebenen Staatslandes in Privateigentum

in Aussicht gestellt habe. Mit Recht wird die Größe der Assignationen als nach Lage und Qualität des Bodens verschieden angenommen. Mit Recht wird das Anwachsen der Censuszahlen zwischen den Jahren 136/5 und 125/4 auf die gracchische Ackerverteilung zurückgeführt. Auch die Erklärung der Lex agraria von 111 wird in manchen Punkten gefördert. Der Verf. meint allerdings, dieses Gesetz könne nicht, wie seit Mommsen allgemein angenommen wird, mit dem dritten der bei Appian I 27 genannten nachgracchischen Gesetzen identisch sein, das vielmehr erst in das Jahr 108 gehöre. Die bezügliche Zeitangabe bei Appian, die den Schluß seiner in sich geschlossenen Darstellung der gracchischen Agrarbewegung bildet, bezieht sich jedoch nach den unmittelbar vorausgehenden Worten nicht auf Gaius, sondern auf Tiberius Gracchus und betrifft die Einstellung der Ackerverteilungen durch die Lex Thoria vom Jahre 118. Auch dieses Gesetz wird vom Verf. nicht richtig aufgefaßt, wenn er meint, das dadurch eingeführte Vectigal sei nur von den den Reichen ungesetzlicherweise verbliebenen Possessionen erhoben worden. Die Hauptsache bei diesem Gesetz ist doch, daß alle weiteren Assignationen eingestellt und die Possessoren trotz der Lex Sempronia in dem ganzen ihnen noch verbliebenen Besitz belassen wurden, wofür sie sich das Vectigal, das wohl auch nur als vorübergehend gedacht war, auf diesen ganzen Besitz gefallen lassen (so auch Cardinali). Das Vectigal ist dann tatsächlich durch die Lex agraria von 111 wieder abgeschafft worden, indem die Possessionen zu Privateigentum erklärt werden, wobei die Beschränkung auf das gracchische Höchstmaß zwar als Aushängeschild fortwährend wiederholt wird, aber unter der Judikation der Konsuln schwerlich durchgeführt werden sollte. Terruzzi hat sich das Verständnis der Lex Thoria und vieler anderer Dinge durch seine unglückliche Unterscheidung von Okkupationen *ex iusta* und *sine iusta causa* verbaut. Diesen Unterschied, der in den Quellen sonst keine Stütze findet, leitet der Verf. von den Angaben bei Appian c. 18 über die bei der Ausführung der Lex Sempronia von 133 entstandenen Schwierigkeiten her, den Umfang des ager publicus überhaupt festzustellen. Aber das Recht, das die Triumvirn in Anspruch nahmen, okkupiertes Staatsland zurückzuziehen und den Nutznießern dafür anderes Staatsland zu überweisen, war an sich unbestrittenes Recht des Staates und brauchte nicht erst durch die Lex Sempronia festgestellt gewesen zu sein. Wenn die Ausführungen des Verf. also auch in manchen Punkten nicht überzeugen, so ist doch anzuerkennen, daß er in der Abhandlung des Archivio nützliche Anregungen geboten hat unter voller Beherrschung der antiken Quellen und der modernen Literatur.

Das läßt sich leider von der Darstellung in der Rivista nicht behaupten. Hier entfernt er sich viel zu sehr von der gerade durch die Arbeiten seiner Landsleute gesicherten Überlieferung. Während nach den Quellen dem Unterschied ursprünglich legitimer und illegitimer Okkupation höchstens eine ganz sekundäre Bedeutung zukommt, macht T. diesen Unterschied geradezu zur Grundlage seiner ganzen Darstellung. Oder er hält die Nachricht bei Velleius, daß Tib. Gracchus ganz Italien

das römische Bürgerrecht versprochen habe, nicht bloß aufrecht, obwohl ihre Unglaubwürdigkeit durch die Kritik als erwiesen gelten kann (Fraccaro S. 159), sondern er legt dem angeblichen Versprechen eine ganz besondere Bedeutung in der Entwickelung der gracchischen Bewegung bei. Ja, er läßt Tib. Gracchus über die Attalische Erbschaft nicht bloß einen Beschluß der Komitien fassen, was unzweifelhaft falsch ist (Fraccaro S. 133f.), sondern die Attalischen Schätze, die erst nach dem Aristonikoskrieg nach Rom gelangt sein können, bereits Tiberius an die Empfänger von Assignationen verteilen. Vor allem verschiebt der Verf. im Widerspruch mit den besten Quellen das eigentliche Ziel der Reform, indem er Tib. Gracchus die Absicht zuschreibt, den Großgrundbesitz überhaupt zu vernichten (spezzare le reni al latifondo), sucht die ganze Reform als undurchführbar und verfehlt zu erweisen und führt ihr angebliches Scheitern auf ihre wirtschaftliche Unmöglichkeit zurück, obwohl der große Umfang der tatsächlich ausgeführten Landanweisungen nicht allein durch das enorme Anwachsen der Censuszahlen, sondern auch durch die Zeugnisse der Libri coloniarum, deren Glaubwürdigkeit neuerdings Pais mit Recht verteidigt hat, und durch die erhaltenen gracchischen Grenzsteine bewiesen wird. So gibt der Artikel in der Rivista doch nur ein stark verzeichnetes Bild der ganzen Bewegung.

Freiburg i. Br. Ernst Fabricius.

Inscriptiones Graecae Siciliae et Infimae Italiae ad ius pertinentes, ediderunt et commentariis instruxerunt Vincentius Arangio-Ruiz et Alexander Olivieri. In Aedibus Udalrici Hoeple Mediolani 1925.

Wertvolle Arbeit haben die Herren Herausgeber geleistet. Guter Inschriftenbrauch ist es, nach regiones zu teilen: ihm hat sich die Arbeit der beiden wohlbekannten italienischen Forscher angeschlossen; sie gibt Inschriften juristischer Natur, aber nur aus Unteritalien und Sizilien, hat also divisio per partes und per regiones. Sie fördert neue Studien auf diesem Gebiete nicht nur durch das nach Neubesichtigung der Originale zusammengestellte Material, sondern auch durch wohlüberlegte Stellungnahme zu dessen bisheriger Bearbeitung und feine Exkurse. Nützlich ist die Verwandlung der Hauptsachen ins Attische und Latein in den Anmerkungen.

Die Entstehung des Werkes wird in der Vorrede anmutig aufgezeigt: Olivieri, der Philologe, empfand die Notwendigkeit, Kaibels Inscriptiones Graecae Siciliae et Italiae durch Neuhinzugekommenes zu ergänzen, und den Wunsch, durch Kommentare die Benutzung der bereits herausgegebenen Inschriften zu fördern. Er erbat und erhielt die Hilfe des befreundeten Juristen Arangio-Ruiz, des wohlerprobten Inschriftenforschers. Bald zeigte es sich, daß der Plan, die Arbeit durch

glatte Scheidung der juristischen und nichtjuristischen Texte zu teilen, unpraktisch sei: „Es geht eben nur viribus unitis" schrieb einst Mommsen an den Rand eines Exposés bei ähnlicher Lage. So wurde der größte Teil der Arbeit beiden Forschern gemeinsam, und nur Appendices und Exkurs hat einer der Teilhaber allein gezeichnet.

Dem Werke sind — von hohem Werte für den Benutzer — Abbildungen beigegeben; in einem Falle hatte Herr Arangio-Ruiz die Güte, mir eine Photographie noch nachzusenden.

Die Arbeit ist mit dem Preise der Accademia delle scienze morali e politiche zu Neapel gekrönt, den aber nur Arangio-Ruiz, als Nichtmitglied, entgegenzunehmen in der Lage war. —

Der Inhalt ist also gegliedert:

I. Verpachtung von Tempel- und Staatsgut.
II. Rechnungslegung über öffentliche Gelder. (Aus Taormina)
III. Kleinere Urkunden über öffentliches und Privatrecht.

Unter III sind zunächst zwei leges collegii, von denen die zweite nur eine Abwehrbestimmung enthält, die erste immerhin als Strafklauseln für unbefugte Neuerer und sonstige Malefikanten bei einem Kolleg gesalbter Jünglinge einen gewissen Zusammenhang zeigt, einen größeren durch Olivieris Ergänzungen erhält (daß der die Quasipopularklage Anstellende durch ein Kollegialstatut von der poena decimae partis entbunden werden soll, will mir nicht recht einleuchten: vielleicht ist zu ἐπιδε[ίξεως] „ohne Beweis seines Interesses als Privatperson" vorzuziehen). Dann folgt eine fiducia und einige mortis causa donationes, darunter eine ebenso interessante wie wegen der Lücken unverständliche oder vielleicht auch nur mehrdeutige. Endlich Verwünschungen (darunter wieder ein Kardinalstück mit Fehlen des wichtigsten Teiles). Dazu noch ein ganz fragmentarisches Gesetz. Sehr angenehm und fördernd folgt eine Zusammenstellung der Gesetze aus dem Gebiet dieser Inschriften, namentlich solcher des Charondas und Zaleukos, woran sich ein Abdruck des allein erhaltenen Bruchstückes aus des Theophrastos verlorenem Werk *περὶ νόμων*, nämlich der Abschnitt über Verträge, schließt. Als Anhang sechs sehr wohltätige Indices.

Da die Wissenschaft den mehr denn 90jährigen Comparetti jetzt verloren, sei hier hervorgehoben, wie auch dieses Werk in manchen Teilen auf seiner Arbeit ruht — und es sagt. —

Den Anfang machen die Tafeln von Heraclea, Vorderseite, deren Opistograph die lateinischen Verordnungen sind, über deren Zugehörigkeit zu einer Lex Julia municipalis zwischen Savigny und Mommsen Differenz ist. — Die Verfasser geben hierzu wertvolle Fußnoten, nicht bloß auf Grund der früheren Arbeiten von Kaibel und Dareste; und einen Anhang, der das Wirtschaftliche mit Benutzung von Mitteis' Arbeit und das Juristische auch mit Heranziehung von Partsch und Kreller beleuchtet.

Die Inschrift hat zwei Stadtverpachtungen, über deren Inhalt die Herausgeber scharfsinnig urteilen. Ich greife einen Punkt heraus:

Tafel I 107ff. behandelt die Bodenpächter, die ihren Pflichten nicht nachkommen, nämlich: entweder nicht die vertraglich vorgesehenen praedes: *πρωγγυως* (= *προεγγυους*) stellen oder nicht den Pachtzins zahlen. Sind sie mit einer dieser Pflichten in Verzug, so sollen sie einmal die Pacht für das erste Jahr doppelt zahlen — die bekannte Steigerung, die dem römischen Rechte geläufiger ist als dem griechischen mit seiner *ἡμιολία*, sodann aber sind sie für die fünf Jahre, für die sie gepachtet haben, der Pacht entsetzt; es soll dann anderweitig ausgeboten werden, und die säumigen Erstpächter kommen für den Mindererlös der neuen Verpachtung auf — natürlich für die ganzen fünf Jahre.[1]) Dies ist von Dareste in seinem Kommentar von 1891, dem sich die Herausgeber anschließen, der Sache nach aber bereits vorher von Wilamowitz zu Kaibel so erklärt.[2]) Dabei wird das Wort *ἀμπώλημα* gebraucht für das, was die Säumigen zu prästieren haben. Der technisch-sprachliche Wert der Vokabel läßt sich aus der Stelle, in der sie, wie manches in diesen Texten, als *ἅπαξ εἰρημένον* steht, nur diophantisch herleiten. Die Sache ist klar und entspricht dem Falle, den Javolenus in den Pandekten D. 19, 2, 51 pr. vor Augen hält: Ea lege fundum locavi, ut, si non ex lege coleretur, relocare eum mihi liceret, et quo minoris locassem hoc mihi praestaretur (woran sich die verwunderliche Frage knüpft, wie es zu halten sei, wenn der gekränkte Verpächter das zweitemal teurer verpachten kann!). — Hier ist, für den Fall einer ordnungswidrigen Wirtschaft, das gleiche „ampolematisch" verordnet, was die Herakleensische Tafel für den Zinsverzug usw. festsetzt.

Auch *ἀναπωλεῖν* findet sich für ähnliche Urkunden weder in den gangbaren Wörterbüchern noch in dem Spezialwerk von Preisigke; doch hatte ich übersehen, im neu erscheinenden Liddle Scott mich umzutun; mein philologischer Kollege Regenbogen verwies mich darauf und fand dort Flinders Petrie III S. 108ff.; denn diese Papyri haben allerdings nach der Lesung daselbst neben dem von Preisigke allein genannten *ἐπαναπωλεῖν* auch einmal *ἀναπωλεῖν*. Preisigke konjizierte beide Male das den Flinders Papyri sonst geläufige *ἐπαναπωλεῖν* und verzichtete also auf *ἀναπωλεῖν*: vorsichtiger wäre es gewesen, *ἀναπωλεῖν* aufzunehmen und dabei auf *ἐπαναπωλεῖν* zu verweisen. *Ἀναπωλεῖν* findet

---

[1]) Die Stelle lautet (l. 109ff.): (wer säumt mit Bürgenstellung oder Zahlung) *τό τε μίσθωμα διπλεῖ ἀποτεισεῖ τὸ ἐπὶ τῶ ϝέτεος καὶ τὸ ἀμπώλημα* (den Beamten) *hοσσωι κα μείονος ἀμμισθωθῆ πὰρ πέντε ϝέτη τὰ πρᾶτα.*

[2]) Wie denn bei Collitz, Griech. Dialektinschr. 3, 2 S. 99 zu lesen ist: „Diese zuerst von Wilamowitz (bei Kaibel) gegebene Erklärung wird als richtig erwiesen durch die analoge Bestimmung in den Delischen Pachturkunden (Bull. de corr. XIV 432 Anm. 3): *ἀνεμισθώσαμεν δὲ καὶ τῆς Χαρητείας τὸ μέρος, ὃ ἐμεμισθώσατο Μνησίμαχος· οὐ καθιστάντος τοὺς ἐγγύους Μνησιμάχου καὶ ἐμισθώσατο Ξενοκράτης Ἱερομβρότου δραχμῶν* (Zahl)*· τὸ δὲ λοιπόν, ὅσωι ἔλαττον ηὗρεν ἡ γῆ ἀναμισθωθεῖσα ὀφείλει Μνησίμαχος Αὐτοκράτους καὶ οἱ ἔγγυοι* (Namen)." — Daß die Bürgenstellung hier vor der Zahlung kommt, ergibt sich aus der Natur der Sache, da mehrere Termine sind und nicht von vornherein Barzahlung stattfindet; anders Lex agraria l. 84.

sich aber auch in der Inschrift C. I. G. III Nr. 2266, 11; im Liddle Scott steht die Lesung *αναπολουμενα*, statt der Böckhschen *ευρειαν απολουμενα* und sie leuchtet ein: woher die Änderung der Wortabtrennung, konnte ich nicht feststellen. In dieser Inschrift steht auch die Analogie zu *ἀναπώλημα* in dem ebenfalls sonst nicht vorkommenden Worte: *ἄλφημα*. Was aber bei den Flinders Papyri hier interessiert, ist nicht die zufällige Übereinstimmung mindestens des Verbi mit unsrem *ἅπαξ λεγόμενον*, sondern der weitere Fall des Haftens der Pächter für den Mindererlös bei einem neuen Rechtsgeschäft, zu welchem die Verpächter durch mangelnde Pflichterfüllung der ersten Pächter gedrängt werden.

Im Flinders Papyrus nämlich ist die stehende Klausel die: wenn der Pächter des Staatslandes nicht arbeitet oder wenn er positive Vertragsverletzungen sich zuschulden kommen läßt, so darf der beikommende Staatsbeamte *ἐπαναπωλεῖν τὰ ἔργα καὶ καθ' ἡμέραν ἐπιμισθοῦν*; er hat also das Recht, entweder eine neue locatio conductio operis vorzunehmen auf den ganzen Zeitraum der früheren Pacht — und dies heißt: 'wieder-*πωλεῖν*'; oder, wenn er lieber will, tägliche Arbeit im Wege der locatio conductio operarum auszuüben, und das heißt: 'Auf*μισθοῦσθαι*' (nicht: *μισθοῦν*, der locator scheint auch hier der Arbeiter zu sein), und hier steht nun: *καὶ ὅσωι ἂν πλεῖον* der Staat dem zweiten *ἐργολάβος* zu zahlen hat, dafür kommen in beiden Fällen die säumigen ersten auf, mit der Buße des *ἡμιόλιον* noch dazu. Hier ist also der umgekehrte Fall: nicht ein zahlender Pächter stellt keine Bürgen oder wird mit dem Zins säumig, sondern angestellte und bezahlte Unternehmer lassen das Land brach liegen oder liefern den Zehnten nicht. Die Einbuße ist dabei die, daß der Eigner jetzt neue Submission oder anderes vornimmt, um zu anderen operis conductores (*ἐργολάβοι*) zu kommen: und was er denen mehr bieten muß, geht zu Lasten der säumigen Erstkontrahenten; nicht das lucrum cessans geringeren Pachtzinses, wie in Heraklea, sondern das damnum emergens eines höheren Werklohnes, sei es Aversional- oder tägliche Aufwendung, wird vergütet. Man wird übrigens bei dem Papyrus annehmen dürfen, daß beide Eventualitäten (*πωλεῖν* im ganzen und *μισθοῦσθαι* auf den Tag) im einzelnen Fall nebeneinander vorkamen, indem zunächst auf den Tag Arbeitnehmer gedungen wurden, bis man einen genehmen Ersatzmann für die ganze Dauer oder vielmehr Restdauer eines solchen Vertrages fand.

Bei dieser Zubuße für ein geringeres Gebot muß man an das Gegenstück: *ἐπίθεμα* denken, das, in den Papyri sich findend, zuerst von Wenger richtig als 'besseres Gebot' gedeutet wurde. Beim *ἀναπώλημα* handelt es sich eben um schlechteres, beim *ἐπίθεμα* um besseres Gebot, und dementsprechend sind die Rechtsfolgen ganz verschieden, aber wenn die für uns selbstverständliche Folge, daß das Übergebot den ersten Bieter wie den Vergeber frei macht, nach der Weise der Papyri im Einzelgebot noch fixiert wird, so wird gleichmäßig die uns ebenfalls zu den naturalia negotii gehörende Haftung des Säumigen für den Ausfall (wie beim negativen Vertragsinteresse) auch ihrerseits in den Vertrag aufgenommen. —

Recht als Beweis für die Tücke des Objektes kann Nr. 17 aus Serra Orlando bei Aldone in Sizilien gelten; das erhaltene Stück sieht aus wie ein Dolomitengebirgsstock. Wären die ein bis zwei Zeilen, die oben fehlen, ganz erhalten, so wäre aller Wahrscheinlichkeit nach eine schöne *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* unserem geringen Bestande einzuverleiben, so aber ist oben Schrift ganz weg, dann Mittelstück zackig erhalten, Seitenflächen abgesprengt; dann auch diese vorhanden:

α επομενα π
πι λυσει λυσασθαι δενι[. . . . .
ξαμηνωι διωνος ειμ[. . .

Dann folgen fast völlig erhalten sechs Zeilen:

Αμποχοι Αισχριων Σιρα Ηρ . . . στρα [. .
ριος — Αισχριωνος — Φιλων Αρισταρχου
Φιλιστιωνος
Αμποχοι — Αισχριων Στρατιου —
Σ[1]) *Αισχριων Ολτου Φιλων Αρισταρχου*
Φιλιστιωνος

Für die fragmentarischen Zeilen schließen die Herausgeber mit Comparetti, der die Inschrift zuerst (Annali R. Scuola Archeologica di Atene I, 1914, p. 113ff. und Notizia degli scavi 1912, p. 452) ediert hat, aus *ἑπόμενα*, daß es sich um Grundstückskauf und, wegen *πιλυσει*, um eine *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* handelt. Darin stimme ich bei, und ebenso, wenn sie bei ihrer Ergänzung der Lücke Z. 2 zu 3 *ἐνι [αυτῶι ἢ ἐ] ξαμήνωι Δίωνος εἰμ[εν* sagen: Binorum temporum (*ἐνιαυτοῦ* et *ἑξαμήνου*) quae ratio sit, paene latet nos. — Sie fahren fort: tamen coniici potest debitori concessum esse ut (nach dem Termine *τῆς λύσεως*) „in semestre solvat, quod nisi faciat in commissum cadat: cf. e. g. in XII tab. (III 1) triginta dies iust(os) qui iudicato vel in iure confesso dantur ante manus iniectionem, et in Papyro BGU. 832 (l. 26) terminum sex mensium qui priori emptori datur ad *ἀναγραφήν* impetrandam, quamquam emptor posterior *ἀναγέγραφεν*." Darauf stellen sie Erwägungen an über condicio quae dicitur suspensiva und pura venditio quae sub condicione resolvitur im Hinblick auf (*ἢ*) *Δίωνος εἰμ[εν]*, wie sie ergänzen.

Nun bleibt aber die lex contractus „binnen Jahresfrist freimachen oder nach Sechsmonatsfrist des Gläubigers sein" namentlich bei einem Geschäft, das von vornherein Sicherungsübereignung ist, so unbefriedigend, daß ich doch betonen möchte, wie sehr die Schwierigkeit eine selbstgeschaffene ist: zu lesen ist nur *ενι̣* und der letzte Buchstabe unsicher; warum also durchaus *ἐνι̣[αυτῷ* ergänzen, das zudem noch nicht recht schmackhaft ist? Das Register bei Dittenberger wenigstens hat temporal nur *ἐν ἐνιαυτῷ*, auch *ἐν ἑξαμήνῳ*. Man kann irgend etwas anderes als Schluß hinter *ἐνι̣* vermuten, vielleicht gar *ἐν ἱερῶι*; aber auch wenn dies abwegig wäre und wenn es schwer sein sollte, ein anderes passendes Wort zu ertüfteln, so braucht man noch nicht unter das Joch

---

[1]) = '*δεύτερος*'. Die Herausgeber.

des sachlich unpassenden ἐνιαυτῷ zu gehen: wer weiß, was da stand, wenn wir es auch nicht wissen! In der folgenden Zeile, zu Anfang wohl ἐν ἑξαμήνῳ, und allenfalls als Schluß auf der zweiten Zeile ἤ. Ein Rätsel mehr bieten die ἄμποχοι (sonst unbekanntes Wort) der ganz erhaltenen Schlußzeilen. Comparetti tippte auf Bürgen; dies lehnen die Herausgeber ab: sie führen den Sprachgebrauch ins Feld (Bürgen ἀνάδοχοι, nicht ἄμποχοι) und den sachlichen Grund, es sei mehr als unwahrscheinlich, daß zwei Sorten Bürgen (Comparetti dachte sich das erste Kleeblatt als Bürgen des Kaufes, das zweite als Bürgen der Lösung) ohne Distinktiv nacheinander stehen sollten. Sie ziehen die Deutung als Zeugen vor, deren jeder Kontrahent zwei gesonderte für sich bringt, indes — sehr elegant — der beide Male als dritter erscheinende, gemeinsame Vertrauensmann die Rolle des Urkundenhüters zu spielen hätte. — Anzuerkennen ist, daß auch Nr. 19 fünf Zeugen sind, die aber dort πρόξενοι heißen. Soll ich äußern, was für mich noch wahrscheinlicher ist? Es sind vielleicht die Umwohner des Grundstücks gemeint; daß sie dem gleichen Geschlecht angehören, wie die Herausgeber bei einigen bemerken, kann aus Erbteilung sich erklären. Der dritte Mann hat zwei Nachbargrundstücke. — Indes bei solchen ἅπαξ εἰρημένα ist es schwer streiten.

Unter den Verwünschungstafeln beansprucht besonderes Interesse Nr. 25, welche Diebe anprangert. Auch bei ihr ist leider der Anfang links weggebrochen, so daß seit alters her über dessen Ergänzung und den Wert der Verwünschungen Dissens und Zweifel herrscht:

] ταις προπολοις
] το πελλον το
] ουκ αποδιδωτι και
] α χρηται και ισατι
πη ⟨ι⟩ εστι ανθει[η ταί]θεω⟨ι⟩ δυωδεκαπλουν
συν ημιμεδιμνωι [λιβα]νω ωι πολις νομιζει
μη προτερον δε ταν ψυχαν α(⟨ι⟩)νειη ο εχων
το ιματιον εστε ανθειη ται θεω⟨ι⟩.
ανιαριζει κολλυρα ταις προπολοις τας θεω
τως τρις χρυσεωςτας ἐλαβε μελιτα
και ουκ αποδιδωτι ανθειη ται θεωι
δυωδεκαπλοα συνμεδιμνωι λιβανω[[ι]]
ωιπολις νομιζει μη προτερον δε ταν
ψυχαν ανειη εστε ανθειη ται θεω⟨ι⟩.
ει δε συνπιοι η συμφαγοι μη[[η]] ισαωσα⟨ι⟩
αθωιος ειην η υπο τον αυτον αετον υπελθοι

Die Herausgeber ergänzen die vier ersten Zeilen so:

Ἀνιαρίζει Κολλύρα] ταῖς προπόλοις
τᾶς θεῶ τὸ ἱμάτιον] τὸ πέλλον τὸ
ἔλαβέ τις καὶ] οὐκ ἀποδίδωτι καὶ
μάλλον ἀποστερεῖ κ]αὶ χρῆται καὶ ἴσατι
(dann: πῆ⟨ι⟩ ἐστι)

Die zweite, mit dem ausgehobenen Wort Z. 9 beginnende Erzählung hat es mit einer bestimmten Beschuldigten zu tun. Melita nahm und gibt nicht heraus. Darum wird das Gestohlene den Trabanten der Gottheit geweiht, der Gottheit mag die Diebin die Strafe zahlen (zwölffach das Geld und einen Scheffel nach Stadtmaß). Eher soll die Verwünschte nicht die Seele *ἀνιέναι*. Sollte die Anklägerin mit der Verwünschten unwissentlich essen und trinken — se fraude esto — oder unter dasselbe Dach (Giebel) kommen.

Hier ist also keine Lücke, und der Sinn ist klar, wie sehr man auch über die feinere Nüancierung der Trabanten streiten mag. Auch macht sich der zwölffache Wert leicht bei einem fungiblen Furtum. Der Kern des Fluches: *μὴ πρότερον δὲ τὰν ψυχὰν ἀνείη* ist sachlich ebenso klar, wie sprachlich undurchsichtig: Animam recipiat übersetzen die Herausgeber. Allein dies scheint mir nicht im Einklang mit der Bedeutung des Verbi: loslassen, freigeben. Ganz sympathisch wäre mir: die Gottheit soll ihre Seele nicht freigeben, bevor sie der Gottheit restituiert hat — auch würde mich das im Falle der ersten Zeilen mit *ὁ ἔχων* benannte Subjekt nicht stören, da dies mißverstehender Einschub für den besonderen Fall des unbekannten Diebes sein könnte. Als Vorgang für diesen Gebrauch kann angeführt werden die Inschrift Andollent 50, 11ff. (Attica):

Ἑρμῆ κάτοχε καὶ Περσεφόνη κατέχετε [*Ἀγνοθέο*(*υ*) *καὶ Μ*] Namen
καὶ τῶν Ἀγνοθέο[*υ*] *οἰκετῶν πάντων καὶ τῶν νῦν ὄντων καὶ*
τῶν προτερίων καὶ ἔργα καὶ ψυχὰ[*ς*] *καὶ γλῶτταν καὶ βουλάς,*
μηδ' ἀ[*νι*]*ῆτε ἕως ἂν γ' εἰς Ἀιδ*[*ο*]*ν καταβῶσι.*

Hier ist eine zeitlich-sprachlich der Logik entsprechende Verwünschung. Die Götter sollen festnehmen alles vom Verwünschten und nicht loslassen, ehe die Betreffenden sterben. Da lassen die Götter los, die zugegriffen haben. — Unsere Inschrift ist bei der gleichen Deutung etwas verschoben; aber sie ist, wie weiter zu zeigen, auch sonst irregulär.

Denn sachlich wichtig scheint mir, daß diese Inschrift keinen reinen Typus darstellt. Das Übliche bei den Defixiones ist, daß der Mensch verwünscht wird, eine Sache aber geweiht. Hier aber wird die gestohlene Sache geweiht mit einem ähnlichen Wort wie sonst für die Verwünschung des Menschen bestimmt ist: *ἀνιεράζει* statt *ἀνιεροῖ*. Die Verfehmung des schuldigen Menschen aber wird vielmehr vorausgesetzt als verkündet. Der Ritus der Verwünschung ist: Binde, Gott und Göttin, die Seele und gib nicht frei, bis, oder: A verwünscht den B. Gibt er das unrechte Gut heraus, so sei er frei (*ὅσια*), wo nicht: *μὴ ἀποδοῦσι δὲ ἀνόσια.*[1]) — Hier aber wird das gestohlene Gut geweiht (den Türhütern) und damit die Seele des Übeltäters als gebunden erachtet. Sollte eine frühere Verwünschung der Melita die Seele gebunden haben und

---

[1]) Anklingend an die Papyrusphrase: *εὐορκοῦντι μέν μοι εὖ εἴη, ἐφιορκοῦντι δὲ τὰ ἐναντία.*

in der unseren eine Verschärfung liegen, die einerseits mehr als Rückgabe, nämlich hohen Strafzusatz fordert, andererseits aber dann auch die Seele löst, so wie die Lösung bei den normalen Tafeln gleich anfangs in Aussicht gestellt wird? — Oder ist einfach lässig die Weihe der Sache und die Verwünschung der Person zusammengezogen, ohne daß der Beginn der Verwünschung ausgesprochen wäre? Recht das Wort für die Weihe der Sache — mag die Weihe erfolgen als Gabe des Frommen oder des Beraubten — ist *ἀνατιθέναι*; verwandt unserer Inschrift, aber korrekter, an die Weihe der verlorenen Sache den Fluch für den ungetreuen Finder anschließend, steht Knid. 14 (Andollent Nr. 4) da:

> *Ἀνατίθητι Ἡ[γ]εμόν[η] τὴν σπατάλιγν ἣν ἀπώλεσ[α ἐν*
> *τοῖς κήπ]οις τοῖς Ῥοδοκλεῦς [Δ]άματρι καὶ Κούραι καὶ θεοῖς [π]ᾶσ[ι*
> *καὶ πάσ]αι[ς] · ἀποδόντι μὲν [ὅ]σια καὶ ἐλεύθερα (καὶ) κομισαμένοις τ[ὸ*
> *κόμισ]τρον [κ]αὶ ἐμοὶ τῆι κομιζομένηι καὶ τῶι ἀποδιδόντι · [μὴ*
> *ἀπ]οδιδόντι δὲ Δάματρος καὶ Κούρας καὶ θεῶν τῶν π[α*
> *ρὰ Δ]άματρι καὶ Κούρα πάντων καὶ πασᾶν καὶ εἶπου πρ-*
> *[α]θῆι ἐνθύμιον ἔστω Δάματρος καὶ Κούρας.* (*κ. τ. λ.*)

Hier weiht sie die verlorene Sache und knüpft daran die bedingte Verwünschung („den Schrecken Hels geweiht"), für die Huvelin das nisi restituat der formula petitoria als Analogon anführt. Nicht gerade die Bindung der Seele, aber doch die Weihung an die unterirdischen Götter ist dort. — In unserer Inschrift ist alles vermengt: erst wird die Sache mit dem Weihwort für die Täter der Gottheit geweiht; dann wird die Seele als gebunden vorausgesetzt und eventuelle Restitution vor die Lösung gesetzt. Es ist eine Mischform.

Hierzu kommt dann die Komplikation mit dem ersten Diebstahl. Leider ist hier vorn oben weggebrochen, so daß das üble Raten einsetzen muß. Wie schon angedeutet, schließe ich mich den Herausgebern (die Wilhelm folgen) darin an, daß hier der Dieb unbekannt ist und eine Art Verwünschung auf den Inhaber ausgestellt ist. -- Treffend führen sie die Analogie von Gortyn (Kohler-Ziebarth S. 34 l. 18) an: *ὀμόσαι τὸν καταθέμενον μήτ' αὐτὸν αἴτιον ἔμην μήτε σὺν ἄλλοι, μήτ' ἐπ' ἄλλοι ϝισάμην*: nicht Alleintäter noch Mittäter noch Mitwisser. Freilich muß man bei der Verschiedenheit in der Behandlung beider Fälle in unserer Inschrift berücksichtigen, daß der zweite Geld, der erste eine nichtfungible Sache betrifft und daß der Satz der l. 79 de solutionibus ein notwendiger überall ist, und also auf das natürliche Rechtsgefühl der Inschriftlerin sich auch erstreckt hat: aber so sehr es wahr ist, daß das Geld als konsumiert vorausgesetzt worden ist auch bei Verwünschungen, so sind doch der Verschiedenheiten in der Struktur beider Fälle zu viele; mag das *χρῆται* der Zeile 4 immerhin noch den bekannten Dieb treffen können: *ἴσατι* läßt sich nur dann ungezwungen erklären, wenn mehrere Personen angenommen werden, der unbekannte Dieb, der allenfalsige Hehler, der Mitwisser, und das *ὁ ἔχων* der Zeile 7 in Verbindung mit dem Mitwisser der Zeile 4 fordert doch einen unbekannten

Dieb, auf den der Steckbrief geht; denn das Haben bei bekanntem Diebe läßt dessen unbedingte Weiterhaftung aus dem Spiel, zugunsten oder vielmehr zuungunsten des augenblicklichen Inhabers, während bei unbekanntem Diebe die Ungenauigkeit, daß mit „Habend“ der Mitwisser wieder ausgelassen wird, erträglich erscheint.

Wie die Dinge liegen, kann man für die Ergänzung der Lücken nur raten. Mit großer Zurückhaltung möchte ich die Frage aufwerfen, ob hier *τὸ* nicht das übliche *ἔλαβεν*, sondern *ληφθέν* zum Nachwort haben könnte, worauf allenfalls folgen würde: *ὅστις ἔχων οὐκ ἀποδίδωσι*. Was die Herausgeber ergänzen, reicht lange nicht für die verlorene Zahl von Lettern. *ὅστις* findet sich z. B. bei Andollent Nr. 2 A:

> *Ἀνιεροῖ Ἀρτεμεις Δάματρι κτλ. πᾶσι ὅστις τὰ ἐπ' ἐμοῦ καταλιφθέντα ἱμάτια κτλ. ἐμοῦ ἀπαιτ[ησά]σης οὐκ ἀποδέδ[ωκέ] μοι.*

(Ähnlich *Ἀνιεροῖ . . τοὺς λαβόντας.*) Unter dieser Ergänzung wäre dann mit *ὁ ἔχων* wieder auf den Anfang zurückgegriffen. —

Zusammenfassend: die Inschrift ist ein atypisches Stück: sie vermengt Weihe der Sache und Verwünschung der Diebe; sie setzt als Weihegutsempfänger die Funktionäre der Göttin. Sie knüpft nicht sowohl die verwünschende Bindung der Seele des Übeltäters an die Weihe der Sache, als vielmehr die eventuelle Lösung der — wenigstens ausdrücklich noch nicht gebundenen Sache. Sie gebraucht dabei ein Wort für die Lösung, das schwer sich in den Rahmen seiner sonst bekannten Bedeutungen fügt. Vielleicht ist eine frühere Verwünschung vorausgegangen und die jetzige wird als Trumpf mit cessio an den potentior (Huvelin, tablettes magiques S. 48: ce collège est ainsi constitué créancier éventuel de l'amende) ausgespielt, vielleicht liegt unsorgfältige Fassung vor. Jedenfalls ist die erste Verwünschung schwer zu ergänzen, weil der Unterschied der fungiblen Sache im zweiten Teil und die Eigenheiten der Verwünschung des Unbekannten konkurrieren. Doch entscheidet *ὁ ἔχων* für den Unbekannten, ist aber selbst eine Abnormität im Vergleich zum bekannten Dieb, die annehmen läßt, daß im Normalfalle doch die Göttin als Subjekt zu *ἀνείη* zu denken war und der Nominativ mißverständlich in den ersten hineinkam. — Die Schlußreservation: Essen und Trinken mit dem Dieb, der noch unerkannt, sei mir vergeben! ist nur durch „unbekannt“ eigenartig und präziser als gewöhnlich. Daß das „unter dasselbe Dach komme“ am falschen Platz am Schluß steht, zeigt wohl, wie flüchtig der Text gearbeitet. —

Mit Grund legen die Herausgeber vorzüglichen Wert der Nr. 21 bei: Inschrift aus Ferina (nunc fortasse Abbazia di S. Eufemia Vecchia), die, leider fragmentarisch erhalten, eine Schenkung von Todes wegen enthält (wie auch Nr. 18—20).

ς πο . Φιλυλλαι .[. . . . .
νᾶς ἴκοσι και διαι κονων[ος
ντε τὰ δ' ἄλλα ταῖ γενιᾶικ[

στοκράτει Ἱστιαίω πάντων[
α Φιλοτᾶτι Ἱστιαίω τας τριτας μ[
δὲ ἥμισον τας ξα Νικύλι Ἱστιαίω [
ωλήσαντας τὰ ὑπάρχοντα πάν[
αι τὰς οἰκίας φυλάσσειν τῶι παι
ν ἁλικίαν μολῆι ἃ τόκα ἐγγύω
ον πρύτανιν τὠργυρίω τῶ ἀ
αχμ ν εἰ δ' ἃ δοκῆι αὐτοῖς τὸ γυ (?)
εἰᾶ πωλῆν πωλησάντω ε
υς Ωλ Νικαῖος . Ξα . Κλευ
Φιλυλλος . Κι . Φιλωνιδας . Α
σσιτων . Τι . Εὐφρονίδας
ιππος Εταν Πη Ἀλε

[Ergänzungen der Herausgeber:

Z. 1 *τα*] [. . . . *αργυ*. — Z. 2 *ρίωμ*] [*ος μνᾶς*. — Z. 3 *δεκαπε*] [*αττάδε*. — Z. 4 *Ἀρι*] [. — Z. 5 —] [. — Z. 6 *το*] [*τω*. — Z. 7 *σδε π*] [*τα τοὺς τό*. — Z. 8 *πους κ*] [*δίωι μέ*. — Z. 9 *χρ ἐς τὰ*] [*νδέηι λαμ*. — Z. 10 *βάνειντ*] [*ξιω*. — Z. 11 *χρεω δρ*] *γυ*[*ναικικὸν*. — Z. 12 *γένος* oder nichts] *πιμεληταὶ* (?). — Z. 16 *Φίλ*] [*ξανδρος*.

Vergabungen an Außenstehende beginnen; dann folgt: *τὰ δ ἄλλα-τᾶι γενεᾶι κ* . . . . . . (*κ*[*αττάδε*] die Herausgeber), nämlich an drei *Ἱστιαῖοι*, also, wie die Herausgeber schließen, Agnaten des Donator. Näheres bleibt ungewiß: treffend scheint der Schluß, daß die drei Agnaten zwar das Fahrnisgut verkaufen dürfen, die Grundstücke aber halten müssen für das Kind, bis es in suam tutelam venerit. Für Bürgen (wofür die Bürgen eintreten, ist zweifelhaft) soll der Prytane sorgen. Dann: wenn (wer ?) zustimmt, sollen sie verkaufen. Da ist nun freilich wieder eine crux, zumal es nicht feststeht, für wen und für welche Schuld Bürgen beizubringen sind. Die Herausgeber wollen in der Lücke *γυ* lesen und betrachten dies als den Anfang von „Weiberstamm". Sehr fein knüpfen sie hieran eine Bestimmung aus den Gesetzen des Charondas (die sie im Anhange bringen), daß nämlich die Kinder als Vormünder die Vatersverwandten haben, aufgezogen aber werden bei den mütterlichen. Danach sollen die drei Vermächtnisnehmer und Testamentsvollstrecker für die Veräußerung der liegenden Güter die Zustimmung der mütterlichen Verwandtschaft brauchen. Comparetti las *π* statt *γυ*. Er dachte an das Kind, *π*[*αιδίον*, das zuzustimmen hatte. — Mag dies abwegig sein und mag der Anfang so zu lesen sein, wie die Herren Arangio Ruiz und Olivieri sagen: dem Sinn ist mit der Lesung und Lösung nicht gedient; es erscheint schwer annehmbar, daß hier *τὸ γυναικικὸν γένος* als eine Art Obervormund eintreten sollte: schon keines der beiden Worte paßt für den Sinn, und die Sache, die sie bezeichnen sollen, ist erstaunlich; man erwartet nähere Bezeichnung der beikommenden mütterlichen Verwandten, und man erwartet überhaupt nicht diese, sondern als natürliche Obervormundschaft die Prytanie: wieweit sich dies mit der von den Herausgebern verworfenen Lesung Comparettis

π vereinigen läßt, weiß ich nicht, aber der Sinn fordert doch: das liegende Gut dürfen sie nicht verkaufen, Bürgen sollen gestellt werden (für die Verwaltung desselben), wie der Prytane will, und schließlich und wenn die Not dazu drängt, soll auch unbeweglich Gut daran glauben, wenn die Treuhänder es meinen und die Behörde — die Prytanie — es zuläßt. Ob sich sagen ließe: *εἰ δ' ἃ δοκῇ αὐτοῖς τόπ[ων ἢ οἴκων* (scil. *ὁ πρύτανις*) *εἰμῖ πωλὴν* oder ob mit den von den Herausgebern gelesenen Buchstaben eine Behörde anfängt, weiß ich nicht: aber so etwas fordert der Sinn.

Zum Schluß kommen, durch *ε* . . . . (dann Lücke) eingeleitet, also zu jeder Vermutung (die Herausgeber: *ἐ[πιμεληταί]*) über ihre Bezeichnung Raum gebend (vielleicht *ἐ[πὶ μαρτύρων]*), aber doch wohl als Zeugen aufzufassen, eine Anzahl Namen, denen je eine Sigle vorangestellt ist (mit Recht ziehen die Herausgeber es vor, daß sie vorangestellt zu denken); die Sigle geht auf die Tribus, der die Betreffenden angehören, findet sich aber auch weiter vorn bei Namen der Histiäer und noch weiter vorn bei dem Namen einer Person, die ein Legat empfängt. Dort (Z. 1 und 6) bezeichnen sie nach der Meinung der Herausgeber einzelne vermachte Äcker. Das ist möglich, aber nach den Typen am Schluß unwahrscheinlich. Nach anderer Richtung unwahrscheinlich (besonders wegen des *τας* Z. 6), aber doch zur Diskussion zu stellen ist, ob diese Siglen nicht immer die Tribus der Person bezeichnen. Dann würden die ersten Legatare wohl immer Geld erhalten, die Geschlechtsfreunde alles[1]) sonstige. — Man beachte, daß die gleiche Sigle die Tribus bei dem Namen Z. 14 bedeutet, die Z. 8 vor dem Namen des Legatars steht. — Soviel ich sehe, findet sich diese Art Abkürzungen lediglich bei Namen in den Inschriften dieses Bandes. —

Die lehrreichen Staatsrechnungen von Taormina bieten den Herausgebern Gelegenheit zu fein durchdachten Exkursen. Das Thesaurieren und die mitunter erstaunlich hoch anschwellenden Zahlen der Ein- und Ausgänge werden scharf beobachtet. Die älteren fallen vor die Foederierung, die jüngeren nach dieser, aber vor die Umwandlung zur Kolonie: so wird bemerkt, daß die unabhängige Gemeinde auch noch *ἱερομνήμονες* hat, deren *εἴσοδοι* und *ἔξοδοι* (Einnahmen und Ausgaben) einander gegenübergestellt werden, in der foederierten aber nur noch *ταμίαι*, quaestores, für die auf die Analogie von Salpensa und Malaga verwiesen wird. — Von den jüngeren Stücken hat das Wasser in dem Vierteljahrhundert so viel weggelöscht, daß die genaue Vergleichung durch die Herausgeber wohl manches neu las, aber öfters noch das traurige Bekenntnis des Unterstreichens: a Petro et Cajetano Rizzo lectae nunc deperditae machen muß. — *παρὰ τὸ δόγμα* muß (II, 19) contra edictum heißen, secundum edictum, wie die Herausgeber lieber möchten, halte ich für unmöglich.

---

[1]) Da sie Mobilien, aber nur diese, verkaufen dürfen, sind sie dann Vorerben. Vgl. auch die Herausgeber zu S. 153. Anm.

Eine traurige Analogie zu: *μηδεὶς ἀγεωμέτρητος εἰσίτω* bietet Nr. 16, Sepulkralinschrift, aus Puteoli: *Οὐ θέμις ἐνταῦθα κεῖσθαι ἰ μὲ τὸν βεβαχχευμένον.*

Nr. 15. Statut des Vereins der gesalbten Jünglinge: erhalten ist nur Strafsatzung gegen Änderung der Satzung und Zuwiderhandeln: dann wird der Übeltäter ausgestoßen und verfällt einer Strafe an die Schützer Hermes und Herakles und den Verein. Das Nähere unsicher: *ἄνις ἐπιδε* ergänzen die Herausgeber nach Analogien zu *ἐπιδε[κάτου*; der Popularkläger solle nicht die Gefahr des $^{1}/_{10}$ wie beim calumniae iudicium tragen. Es wird mir schwer, an die Autonomie zu glauben, die dies periculum hätte erlassen dürfen; vielleicht ist an *ἐπιδε[ίξεως* zu denken. — Den Schluß bilden Trümmer einer *βουστροφηδὸν* beschriebenen Tafel aus dem 6. Jahrhundert — als Mordgesetz aus dem mehrmaligen *φον* gedeutet. Dann folgen sechs sehr praktische Indices.

Nachtrag 1 zu *ἀναπωλεῖν* (ob. S. 493).

Nachdem die Anzeige in den Druck gegeben, erhalte ich durch die Güte des Herrn Roderick Mc Kenzie, des Mitherausgebers des Herrn Jones beim neuen Liddle-Scott, folgende Belehrung:

> The word *ἀναπωλούμενον* was read in CIG. 2266 by Fabricius, (v. Hermes XVII [1882] p. 4 and the plate opposite p. 176), . . . The reading seems to be more than 'prob.'
>
> Other words used in similar contexts are *ὑπερεύρεμα* IG. 7. 3073. 2, *ὑπερευρίσκω* 3074. 2, *παλίνπωλα* 3073. 26, and *ἐπανάπωλα* 3074. 2.

Die zitierten Stellen aus Böotischen Inschriften lauten:

3073 l. 2: *των ἔ[ργων τὸ ἐπίπεμπτον ἀποτείσε* [16 Buchstaben] *αἰ τὸ ὑπερεύρεμα, καὶ ἐάν τι ἄλλο* [13 Buchstaben] *ἐπιτιμίων προςγένηται αὐτῷ ἅπαντα πράξ[ουσιν] οἱ ναοποιοὶ τὸν ἐργώνην καὶ τοὺς ἐγγύους · ἐὰν δὲ μὴ δύνωνται, εἰς τὸ λεύκωμα ἐκγράψουσιν.*

3073 l. 24: *μηδὲ ἀπολελύσθωσαν ἀπὸ τῆς ἐργωνίας οἱ ἐξ ἀρχῆς ἔγγυοι καὶ ὁ ἐργώνης ἄχρι ἂν ὁ ἐπαναπριάμενος τὰ παλίμπωλα τοὺς ἐγγύους ἀξιόχρεους [κ]αταστήσῃ · περὶ δὲ τῶν προπεπριαμένων οἱ ἐξ ἀρχῆς [ἔ]γγυοι ἔστωσαν ἕως τῆς ἐσχάτης δοκιμοσίας.*

3074 l. 2: . *καὶ ἐὰν μὲν ὑπερεύρῃ τὰ κατὰ [τ]ῶν ἔργων τῶν ἐπαναπώλων τοῦ ἐξ ἀρχῆς εὑρέματο[ς] [ὑ]πὲρ ὧν ἂν τὴν δόσιν ἔχῃι τῶν ἀδέτων ἢ ἀμολυ[βδολοχοήτω[ν] [ἢ] ἀνεπισ[τάτ]ων ἢ ἀκαταξέστων ἢ μήπω κειμένων πλὴ[ν ὅ] ἂν εὕρῃ ὁ λίθος ἕκαστος, αὐτὸ καὶ ἡμιόλιον ἀποτινέτω ὁ [ἐργώ]νης. ἐὰν δὲ ἢ τὸ ἴσον ἢ ἔτι ἔλαττον εὕρῃ τοῦ ἐξ ἀρχῆς, ὅσο[υ] ἐξ ἀρχῆς ἐξεδόθη ἅπαν αὐτὸ καὶ ἡμιόλιον ἀποτινέτω ὁ ἐργ[ώνης].*

Nachtrag 2 zu ἀνιείη (ob. S. 496).

Eine andere Deutung legt Pap. Giss. 3, 1. 8 squ. nahe, den Prof. Bilabel in Heidelberg mir in diesem Zusammenhange vorwies; denn dort heißt es: γέλωσι, καὶ μέθαις ταῖς ἀπὸ κρήνης τὰς ψυχὰς ἀνιέντες und ψυχὴν ἀνιέναι bedeutet da: „die Seelen hochheben", „mit Hochgefühl erfüllen". Die Stelle findet sich auch im Preisigke-Lexikon, das ich aber bei dieser Gelegenheit nicht konsultiert hatte.

Heidelberg. Gradenwitz.

Aldo Checchini, Professore ordinario nella R. Università di Pisa, Studi sull' ordinamento processuale Romano e Germanico. Parte I. Il processo Romano. Padova Tipografia Seminario 1925. Estratto dagli Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Facoltà giuridica della R. Università di Cagliari. Anno XIV (1923—1924) — Parte II. VII und 147 S.

Das Ziel dieser Arbeit ist, wie der Verfasser selbst sagt und wie die Lektüre des lebhaft und lebendig geschriebenen Buches bestätigt, nicht so sehr, Fragen der Prozeßrechtsdogmatik zu beantworten oder auch nur juristische Probleme der Prozeßrechtsgeschichte neu zu behandeln, als vielmehr ein Bild des äußeren Herganges des römischen Prozesses zu entwerfen und diesen damit dem germanischen Prozeß näherzubringen. So sind denn Ort und Zeit des Gerichtes, Parteien und Parteienvertreter in ihrem Gehaben vor Gericht, dann aber vor allem die Richter selbst und die ihnen beigegebenen Assessoren, das Konsilium und die Einflußnahme desselben auf Richter und Urteil Hauptgegenstände der Darstellung. Wollte man einen in der modernen Jurisprudenz namentlich des öffentlichen Rechtes viel erörterten Gegensatz der Methoden juristischer Forschung zur Charakterisierung auch dieses Buches — das diesem Methodengegensatz und -streit ja vollkommen ferne steht — verwenden, so müßte man den Hauptteil dieser Arbeit zu den historisch-antiquarischen Studien rechnen, müßte das Buch politisch-soziologisch, zum Teil auch wohl psychologisch orientiert nennen, aber jedenfalls von aller normlogischen Begriffsjurisprudenz als ganz weit entfernt bezeichnen. Ja, dieser Charakter der Studie ist so stark ausgeprägt, daß auch der Rechtshistoriker, dem jene historisch-politische Betrachtung gewiß näher liegt als die rein juristisch-dogmatische, so etwas wie eine Regung des begriffsjuristischen Gewissens verspürt, die ihn hindert, sich auf eine juristische Umwertung rein soziologischer und psychologischer Ergebnisse widerspruchslos einzulassen.

Ch., der in diesem ersten Teil einer geplanten größeren Arbeit den „römischen Prozeß" behandelt und nur einen kurzen Anhang über

frühkirchenrechtliche Gerichtsversammlungen anschließt (S. 140ff.), will in einem zweiten Teile die langobardischen und fränkischen Gerichtsversammlungen untersuchen (vgl. S. 139). Sein ausgesprochenes Ziel soll der Nachweis sein, daß das frühmittelalterliche Gerichtswesen stärker im römischrechtlichen Boden wurzele, als man gemeinhin wahrhaben will. Das Vulgarrecht habe da mancherlei bereits vor- und ausgebildet, wofür der römische Prozeß nur die Ansätze abgegeben, was aber eben dann in vulgarrechtlicher Gestalt dem germanischen Prozeß die Wege geebnet habe. So wenig man der Möglichkeit einer derartigen Entwickelung von vornherein wird widerstreiten wollen, so wird man doch mit jedem Gesamturteil so lange zurückhalten, bis eine Reihe von Einzeluntersuchungen es auf eine gesicherte Basis zu stellen vermögen. Dabei muß natürlich zunächst von den auf Grund bisheriger Untersuchungen feststehenden Erkenntnissen des römischen Prozeßrechts ausgegangen werden. Und hier stellt sich denn auch der Arbeit des Verf. das Hauptbedenken entgegen, wenn er die Tätigkeit des Konsiliums ganz anders bewertet als dies bisher in der Literatur üblich war.

Ch. geht, um zunächst kurz zu referieren, in seiner Arbeit von der Schilderung des Konvents aus (S. 1ff.). Sie ist unter Benützung der wenigen sizilischen und sonstigen Belege, sowie der zahlreicheren ägyptischen Quellen zum *διαλογισμός* geschrieben und soll mit der Vorführung des bunten Parteiengetriebes, dann der sich zur Verlosung einfindenden Richter offenbar die Grundstimmung für eine Schilderung abgeben, die das römische provinzielle Gericht in die Nähe germanischer Gerichte zu bringen bestimmt ist. Dem dient wohl auch die Besprechung des Prinzips der Volksöffentlichkeit der römischen Gerichte überhaupt (S. 15ff.), eines Prinzips, dessen geschichtliche Entwickelung eingehend geschildert und dessen Fortgeltung auch für die absolute Kaiserzeit mit Recht angenommen wird (S. 21ff.). Vgl. auch meine Instit. d. röm. Zivilproz. 74 N. 18f.

Eine Darstellung, wie sie das Tribunal (S. 29ff.) findet, würde in früherer Zeit unter die „Rechtsaltertümer" eingereiht worden sein, heute wird man sie eher der „Rechtsarchäologie" zurechnen. Dazu gehören auch die Ausführungen über die Tätigkeit des Praeco (S. 53), über das gebührende Auftreten der Parteien (S. 68), über Redezeit (S. 69ff.) und sonstige Äußerlichkeiten der Gerichtsrede (S. 70ff.), über Reden, die wir als „zum Fenster hinaus gesprochen" bezeichnen (S. 72, 79f.) u. a. In dieselbe Gattung von Untersuchungen gehört ferner die Schilderung der das consilium bildenden Assessorenbank. Außer den assessores (oder consiliarii), die neben Magistrat bzw. Richter sitzen, erhalten in der absoluten Kaiserzeit auch die honorati und primates oder primores civitatum Sitzrecht (S. 33). In liebevoll eingehender Schilderung wird gerade dieser sozial gehobenen Schicht, der insbesondere auch höhere Beamte a. D. angehören, gedacht (S. 89ff.). Endlich wird die corona multiplex circumstantium, die sich stehend um die Gerichtsstätte drängt, geschildert (S. 38ff.). Nun haben wir schon bisher gewußt und der Verf. bestärkt uns darin, daß die Volksöffentlichkeit gerade

in einem südlichen Klima wie dem in großen Teilen der antiken Welt zu einer viel wirklicheren Erscheinung werden mußte und sich auch als solche bei allen Änderungen der Gerichtsverfassung erhalten konnte, als in anderen Ländern, wo sie wohl auch in primitiveren Zeiten begegnet, aber mit der Bureaukratisierung der Justiz, auch wenn sie formell fortbesteht oder ausdrücklich wieder eingeführt wird, doch faktisch mehr oder weniger Formsache bleibt oder sich auf einzelne Gerichtsbummler beschränkt und nur bei Sensationsprozessen in unerfreulicher Ungewohntheit in Erscheinung tritt. Auch ist es gut, sich von Ch. wieder einmal klar machen zu lassen (S. 76ff.), daß unserem Empfinden nach eine Einmischung des Publikums in Prozeßführung und Prozeßausgang, wie sie uns wiederholt antike Berichte schildern, etwas geradezu Unmögliches bedeutet. Freilich, wenn Ch. seinen Bericht über die acclamationes (S. 77ff.) unmittelbar auf seine These (S. 76), daß „numerose persone cooperavano, o per lo meno, influivano, sulla decisione dei processi", folgen läßt, so kann für die Menge natürlich von vornherein höchstens das „influivano" in Betracht kommen. Dabei sind die Vorteile, die der Sache der Gerechtigkeit aus der Kontrolle einer so aktiven Öffentlichkeit gegenüber Richter und Advokaten erwachsen konnten (S. 79f.), sehr gering gegenüber den erschreckenden Nachteilen einer tatsächlichen Einflußnahme der hemmungslosen leicht aufzupeitschenden Menge (S. 80ff.). Es wäre denn auch verwunderlich, hätten die Kaiser eine solche Gefahr nicht erkannt. Die Konstitution Cod. Iust. 9, 47, 12 von Diokletian und Maximian (S. 81) spricht anläßlich eines drastischen Falles das bestimmte Wort aus: vanae voces populi non sunt audiendae. Vielleicht überschätzt Ch. bei seiner Darstellung etwas den psychologischen Einfluß des Publikums auf die Rechtspflege; aber hierbei handelt es sich immerhin nur um eine graduelle Wertung, denn daß der Umstand etwa einen direkten Einfluß auf die Urteilsfällung gehabt hätte, behauptet auch Ch. nicht. Man wird dem Verf. ferner gerne beipflichten, wenn er den residentes eine „notevole influenza" (S. 106) auf die Gestaltung der Volksmeinung beimißt und annimmt, daß es vielfach geradezu ihre Aufgabe sein mochte, einen solchen Einfluß auszuüben.

Das Kernstück der ganzen Arbeit, das ein eigentliches Novum unserer bisherigen Auffassung bringen soll, ist nun aber die Beurteilung der Funktionen des Konsiliums. S. 75f. wird zunächst der gegenwärtige Stand der Lehre zutreffend vorangestellt. Dabei muß es — so glaube ich — auch für die nachklassische Zeit des kaiserlichen Rechtes bleiben. Der Verf. mißt nämlich diesem consilium in der spätkaiserlichen Zeit eine größere und juristisch anders geartete Bedeutung zu. Entscheidend sind hier die Ausführungen S. 115ff., die den juristisch faßbaren Einfluß des Konsiliums zeigen sollen.

Zweierlei ist, wie dies schon Ch. selbst tut, wohl zu scheiden: die Stellung des Beraters und die des Hilfsrichters. Soferne consiliarii zufällig mit richterlichen Funktionen betraut werden, erhalten sie die uns bereits wohlbekannte hilfsrichterliche Stellung und damit natürlich auch den entsprechenden Einfluß auf die Urteilsgestaltung, mag ihnen

gleich in einer formelähnlichen Anweisung eine bestimmte Marschrute vorgezeichnet sein. Aber man kann zunächst deshalb, weil der consiliarius zum iudex pedaneus gemacht werden kann, nicht sagen, daß der Unterschied zwischen beiden Institutionen verwischt sei und der Assessor am Richteramt teilhabe (S. 118f.). Selbst eine diesbezügliche und von Ch. für sich beanspruchte Bemerkung Justinians (Nov. 60, c. 2) könnte — auch wenn sie mehr besagen wollte, als daß derselbe Mann bald consiliarius bald χαμαιδικαστής sein könne — an der Richtigkeit einer heutigen Beurteilung des damaligen Rechtszustandes nichts ändern. Die Hauptbeweise aber, die Ch. (S. 116—118) für die richterliche Funktion oder auch nur Mitfunktion der consiliarii anführt, reichen m. E. nicht hin, um diesen consiliarii eine mehr als beratende Stellung zu vindizieren. In dieser ablehnenden Haltung gegenüber der Argumentation des Verf. begegne ich mich durchaus mit dem gleichfalls an der bisherigen Auffassung festhaltenden Urteile, das Emilio Betti kürzlich in der Rivista di Diritto Processuale Civile 3 (1926) 254ff. bes. 257f. abgegeben hat. Aus der Verantwortlichkeit des falsch beratenden Assessors darf zunächst, um diese vielleicht eindrucksvollste Stelle vorwegzunehmen, nicht auf dessen Richterqualität geschlossen werden. Die Stelle (Dig. 2, 2, 2) mag zunächst interpolationsverdächtig sein. Doch soll darauf schon darum kein besonderer Ton gelegt sein, weil die Stelle fürs justinianische Recht dennoch im Sinne des Verf. verwertet werden könnte. Aber es geht doch nicht an, die Funktion des Ratgebers schlechthin der des Beratenen gleichzusetzen. Verantwortung für einen falschen Rat ist doch etwas ganz anderes als Verantwortung für das durch den falschen Rat herbeigeführte Fehlurteil. Daran ändert es m. E. auch nichts, wenn in einem Falle der Ratgeber allein zur Rechenschaft gezogen werden konnte, der falsch beratene Magistrat aber frei ausging, wie dies an unserer Stelle angenommen ist: Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri: nam si adsessoris imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adsessori. Die Stelle ist ja schon oft in geschichtlicher und dogmatischer Hinsicht behandelt worden. Vgl. H. F. Hitzig, Die Assessoren (1893), 126ff. Im Ediktskommentar des Paulus, woher sie stammt, handelt es sich um das Edikt quod quisque iuris in alterum statuerit ut ipse eodem iure utatur (Tit. Dig. 2, 2; Lenel, Ed. perp.^{2} 58f.). Aber auch wenn man die Stelle in ihrer justinianischen Einkleidung auf den Beamtenrichter bezieht (vgl. Hitzig 130), so beweist sie doch nicht mehr, als daß man in einem gewissen Falle — dessen nähere Umstände wir gar nicht kennen — gegen den beratenen Richter, weil ihm weder Dolus noch auch Imprudentia nachzuweisen war, nicht mit Erfolg vorgehen konnte, wohl aber gegen den dolosen Assessor. Insoferne freilich imprudentia des Assessors als Grund seiner Haftung genannt erscheint, würde die gewöhnliche Dolusklage gegen ihn nicht zureichen und man müßte angesichts des Fehlens einer generellen Kulpadeliktshaftung eben an einen besonderen Fall denken, der den Assessor als schlechten Berater hier nicht dem Beratenen gegenüber (Regreß des zum Schadensersatz

herangezogenen Beamtenrichters gegen den Assessor), sondern direkt dem betroffenen Dritten ersatzpflichtig machte. Eine solche Annahme eines besonders gearteten Haftungsfalles des schlecht beratenden Assessors (konstruierbar als Quasidelikt, Erfolghaftungsfall) scheint mir nun doch weit weniger bedenklich als eine auf diesem reichlich unsicheren Boden eines Einzelfalles aufgebaute Konstruktion, die den Assessor dem Richter in seiner Funktion einfach gleichstellte. Herr Dr. Sachers erinnert mich zur Frage gesprächsweise an die Haftung der Gemeindebeamten, auf deren Vorschlag (nominatio) hin der Statthalter den Vormund ernannte, sowie auf die Bemerkungen, die Mommsen, Jur. Schr. 1, 331 N. 137 dazu macht.

Eine solche vorsichtige und zurückhaltende Behandlung von Dig. 2, 2, 2 wird sich aber um so mehr empfehlen, als andere Zeugnisse für die richterliche Stellung des consiliarius als solchen m. E. nicht vorliegen. Denn die moralische Verantwortung, die mancher hohe Richter auf seine Ratgeber abschieben mochte, macht diese so wenig zu Richtern, wie die auf den beratenden Minister abgeschobene Verantwortung für einen kaiserlichen Mißgriff den Minister zum Kaiser macht. Ja, es genügt ein Hinblick auf eine derartige Parallele, um zu zeigen, daß es nicht bloß mit der moralischen, sondern auch mit der juristischen Verantwortung nicht anders steht.

Leichter erledigt sich das andere von Ch. für seine These verwertete Argument. Wenn ein Assessor von einem allzu bequemen Gerichtsherrn an seiner Stelle und in seinem Namen Recht zu sprechen beauftragt wird, so wird er bei dieser Tätigkeit eben aus dem Assessor zu einem delegierten Richter (vgl. Ch. selbst S. 117). Solche Delegationen, von den Kaisern als notwendiges Übel in möglichst beschränktem Umfang zugelassen, bedeuten eben niemals mehr bloße Konsiliartätigkeit.

Wir müssen also wohl trotz aller faktisch vorkommenden Personenidentitäten und trotz gewisser äußerer Ähnlichkeiten in den Funktionen des Beraters und des Hilfsrichters doch die begriffliche juristische Unterscheidung zwischen Berater und Richter auch für die römische Spätzeit aufrecht erhalten. Zuzugeben wird hingegen sein, daß für ein weniger auf Begriffsjurisprudenz eingestelltes Auge das römische Konsilium wie ein Richterkollegium erscheinen, und daß so einer von ganz anderen Vorstellungen herkommenden frühmittelalterlichen Jurisprudenz faktisch gleichwohl eine Anknüpfung germanischer an spätrömische Gerichtsorganisationen möglich scheinen mochte. Übrigens hätte es eines solchen Mißverständnisses über die Natur des Konsiliums gar nicht bedurft, um den gewünschten Zusammenhang zu konstruieren, gab es doch byzantinisch-spätrömische Kollegialgerichte, an die unmittelbar angeknüpft werden konnte. Darüber Ch. 119ff.

Wir dürfen, trotzdem wir in einem entscheidenden Punkte dem Verf. nicht zu folgen vermochten, das ganze Buch als wertvolle Bereicherung der römischrechtlichen Prozeßliteratur begrüßen.

Wien. L. Wenger.

Artur Steinwenter, Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischem Rechte. Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte herausgegeben von L. Wenger und W. Otto. Heft 8, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1925. X und 205 S.

Die Forschungen Wlassaks, die uns für das römische Recht als Grundlage des Ordinarprozesses bis zum Ausklingen der klassischen Zeit den allerdings staatlich vermittelten und kontrollierten Schiedsvertrag der Parteien aufgezeigt haben, haben verwandte Untersuchungen auch für andere Rechte angeregt. Zwar für das Recht der germanischen Vorzeit und der älteren fränkischen Periode ist es seit langem bekannt, daß hier das „Urteil“ der Volksgerichte nur ein Streitbeilegungsvorschlag war, der rechtliche Wirksamkeit erst dadurch empfing, daß sein Inhalt zum Gegenstande eines Urteilserfüllungsgelöbnisses der Parteien gemacht wurde, zu dem nach den fränkischen Urkunden zur Herbeiführung der Ausschlußwirkung noch ein Friedensgedinge *(securitas)* trat, in dem die sachfällige Partei oder auch der befriedigte Kläger versprach, die Entscheidung des Gerichts nicht anfechten zu wollen. Ganz ähnliche Erscheinungen hat vor einigen Jahren Lautner (Leipziger rechtswissensch. Studien Heft 3, 1922) für das altbabylonische Recht der Zeit der Dynastien von Isin, Larsa und Babylon nachgewiesen, wobei sich freilich ziemlich deutlich die Anfänge einer mit staatlicher Autorität ausgestatteten königlichen Gerichtsbarkeit erkennen lassen. Weitere Aufklärungen auf diesem Gebiete für das altassyrische Recht werden hoffentlich die ungefähr gleichzeitigen sogenannten kappadokischen Urkunden bringen. Ich darf vielleicht bemerken, daß ich für die der von Lautner behandelten Periode vorhergehende Zeit der sumerischen Herrschaft der letzten Dynastie von Ur nichts Ähnliches gefunden habe. Die Akten des Stadtgerichts von Lagaš, die uns für die knappe Zeitspanne einiger Dezennien in über 200 Stück hier erhalten sind, scheinen vielmehr durchwegs ein mit voller staatlicher Autorität ausgestattetes Urteil vorauszusetzen. Das stimmt auch zu dem ziemlich stark ausgeprägten staatssozialistischen Charakter dieser Epoche und erinnert neuerlich daran, daß wir uns die Rechtsentwicklung in Babylonien keineswegs als eine geradlinige vorstellen dürfen. Doch das nur nebenbei.

Der Verf. der hier anzuzeigenden Schrift unternimmt es nun, die Wirkungen der Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich und das Verhältnis dieser Beendigungsgründe zueinander für den Kreis der griechischen Stadtrechte zu untersuchen, wobei natürlich auch die Frage nach der Grundlage der Zivilrechtspflege überhaupt auftaucht. Außer Betracht bleibt das Recht der Papyri, für das eine besondere Untersuchung in Aussicht gestellt wird. Er gliedert seinen Stoff in zwei Abschnitte, von denen der erste das altgriechische — als Quellen dienen hier Homer und Hesiod, aber auch das Recht von Gortyn

— und das attische Recht behandelt. Im Mittelpunkt steht natürlich das Recht der Rednerzeit. Der zweite Abschnitt beschäftigt sich mit den Inschriften. Das ist historisch insoferne gerechtfertigt, als die Hauptmasse der Inschriften mit dem ausgehenden 4. Jahrhundert zu einer Zeit einsetzt, da die literarischen Quellen zu versiegen beginnen, nötigt aber freilich, da in den Inschriften dieselben Rechtsinstitute wieder begegnen, zu manchen Wiederholungen. Dem Verf. ist dieser Übelstand nicht entgangen, und ich wüßte nicht, wie er hätte vermieden werden können, wenn man mit dem Verf. die chronologische Anordnung der Darstellung zugrunde legt.

Wenn ich mich nunmehr dem Inhalte der Schrift zuwende, so betrachte ich es hierbei nicht als meine Aufgabe — zu der ich mich übrigens auch nicht genügend kompetent fühlen würde —, dem Verf. in die Einzelheiten des sehr sorgfältig und vollständig gesammelten Materials zu folgen. Ich möchte vielmehr nur auf einige Hauptpunkte hinweisen, die mir namentlich in Vergleichung mit der Entwicklung des römischen Prozesses lehrreich und wichtig erscheinen, wobei ich die Frage nach der Rechtsgrundlage des Prozesses vielleicht mehr in den Vordergrund stelle, als dies der Verf. tut.

Der Verf. schreibt in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre dem König der homerischen Zeit nur schiedsrichterliche Judikation zu, nimmt das gleiche noch für die Herrscher von Thespiai zur Zeit Hesiods an und vermutet dies wenigstens für die Anfänge des athenischen Archon und Basileus. Man wird dem ohne Bedenken beistimmen dürfen, und doch erstaunt sein, in wie relativ früher Zeit die griechischen Staaten bereits den staatlichen Richter kennen, dessen Urteil bindend und wirksam ist ohne Rücksicht auf etwaige Zustimmung der Parteien. Das gilt für das Recht von Gortyn, und wenn in Athen seit Solon gegen den Spruch des Beamten die *ἔφεσις* an ein Volksgericht zulässig wird, wenn weiterhin die Beamten — das gleiche gilt für die Thesmotheten und die unter Peisistratos eingeführten Demenrichter — auf die *ἡγεμονία δικαστηρίου* beschränkt werden, so folgert daraus der Verf. mit Recht, daß ursprünglich das Urteil des Beamten endgültig war. Er möchte das frühe Auftreten des staatlichen Zivilprozesses aus dem politischen Streben der Oligarchie erklären, durch Stärkung der staatlichen Autorität in der Gerichtsbarkeit die beherrschten Massen fester im Zaume zu halten. Ich gestehe. daß mich diese Erwägung nicht überzeugt hat. Die römische Republik war Jahrhunderte lang eine ausgesprochene Oligarchie und hat doch unverrückt an dem staatlich vermittelten und kontrollierten Schiedsgericht festgehalten. Man wird vielleicht doch die Gründe dieser Erscheinung tiefer suchen müssen und auf die Verschiedenheit des Nationalcharakters und der politischen Entwicklung zurückgreifen dürfen, die sich bei den beweglicheren Griechen rascher vollzog als in der konservativen und schwerfälligen römischen Bauernrepublik. Wohl aber scheint die griechische Entwicklung eine beachtenswerte Analogie zu ergeben für denjenigen, der den zweigeteilten Prozeß in Rom für eine Neuerung der Republik hält, wie dies vorlängst Girard,

Histoire de l'organisation judiciaire des Romains 20f., 77f. ausgeführt hat, dem neuerdings Wenger, Institutionen des röm. Zivilprozeßrechts 22 [10], 23 [13], 50[72] folgt, nur mit der Modifikation, daß er dem privaten Schiedsgericht schon in der Königszeit breiten Spielraum läßt. An diese Institution hätten die Neuerer angeknüpft. [Vgl. auch seine älteren Ausführungen in der Deutschen Lit.-Ztg. (1916) 698, in der Sondernummer der Österr. Gerichtszeitung (1923) zum 70. Geburtstage J. Scheys S. XL, Festschrift für Hanausek 6f.]. Doch ist diese Analogie eine trügerische. Die Zurückdrängung des Beamtentums in der Jurisdiktion entspringt in Griechenland der frühzeitig einsetzenden demokratischen Bewegung, der Abneigung der antiken und wohl auch jeder Demokratie gegen eine autoritäre, starke magistratische Amtsgewalt. *ᾯ μάλιστά φασιν ἰσχυκέναι τὸ πλῆθος ... κύριος γὰρ ὢν ὁ δῆμος τῆς ψήφου, κύριος γίγνεται τῆς πόλεως* sagt Aristoteles, Athen. pol. 9, 1 von der gegen den Beamtenspruch zugelassenen *ἔφεσις* an das Volksgericht. Wer daher den zweigeteilten Prozeß als freistaatliche Neuerung ansehend ihn in Parallele setzen wollte mit der Beschränkung der magistratischen Jurisdiktion in Griechenland, müßte konsequent der Einführung der Republik in Rom demokratische Tendenzen unterstellen, was offenbar unzulässig wäre, und ich vermag schon aus diesem Grunde Wengers a. a. O. 23 [13] Formulierung, daß die Einschränkung der ursprünglichen Volljurisdiktion des Königs durch das Verfahren *apud iudicem* eine republikanisch-demokratische Einrichtung sei, nicht beizustimmen. Was wäre auch für die bisher Unterdrückten gewonnen gewesen, wenn auch weiterhin der Privatrichter, der an Stelle des Magistrats getreten wäre, bis in die Gracchenzeit überwiegend der führenden Oberschicht entnommen wurde, und warum hat man eine ähnliche Beschränkung nicht im Strafprozesse durchgeführt, der in die Freiheitssphäre des einzelnen weit intensiver eingriff? Die Verfolgung wegen *perduellio* und Mord reicht doch wohl in die Königszeit zurück. Der zweigeteilte Prozeß muß vielmehr älter sein als die Republik, er hat mit Republik und Demokratie überhaupt nichts zu tun, sondern erklärt sich aus dem tastenden und zögernden Eingreifen des Staates in die Selbsthilfe und privates Schiedsgericht, wobei der Staat seine Mitwirkung zunächst auf ein Minimum beschränkt. Diese Auffassung Wlassaks, die namentlich Leifer, Die Einheit des Gewaltgedankens im röm. Staatsrecht (1914) ausgeführt hatte und zu der ich schon SavZ. 37, 356 zustimmen konnte, erklärt meines Dafürhaltens auch heute noch am besten das zu Erklärende. Übrigens lehnt auch der Verf. 33 [1], 59 [5] eine Judikationsgewalt des römischen Königs in privaten Streitsachen ab. Wir dürfen uns in dieser Auffassung nicht durch die Tatsache irremachen lassen, daß die Entwicklung des römischen Imperiums von der Vollgewalt zu ihrer allmählichen Beschränkung führt, wobei Wenger [vgl. namentlich seine Studie, „Hausgewalt und Staatsgewalt im röm. Altertum" in den Miscellanea Fr. Ehrle II (1924)] gerne zugegeben sein soll, daß der Imperiumsbegriff von den Etruskern her beeinflußt sein mag. Denn das Imperium umfaßt zwar alle Staatsaufgaben, aber doch nur diejenigen, die zu einer

gegebenen Zeit als solche erfaßt werden. Wir müssen daher mit der Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit rechnen, daß der **staatliche** Rechtsschutz in privaten Streitsachen in der Königszeit und vielleicht noch geraume Zeit nachher als Staatsaufgabe noch nicht in den Vorstellungskreis der Zeitgenossen getreten war. Vgl. auch Levy, SavZ. 46, 370f. Mit dieser Erwägung dürfte sich auch Wengers, ZivProz. 50[72] Frage erledigen, wie wir uns einen Tarquinius Superbus vorstellen sollen, der in Privatsachen nicht entscheiden durfte. Es liegt mir ferne zu behaupten, daß auf Beschränkung der Beamtengewalt zielende Bestrebungen, wie wir sie in den griechischen Staaten finden, Rom fremd geblieben seien. Aber wenn wir sie aufdecken wollen, so müssen wir sie in einer viel späteren Zeit suchen, etwa seit der zweiten Hälfte des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts, da auch in Rom sich demokratische Strömungen regen. Da begegnen wir in der Tat ähnlichen Tendenzen, die darauf hinzielen, dem Magistrate die Entscheidung aus der Hand zu nehmen und sie auf Volksrichter zu übertragen. Das markanteste Beispiel bieten wohl die seit dieser Zeit eingerichteten Kriminalgerichtshöfe, besetzt mit Geschworenen unter magistratischem Vorsitz, für die ja schon Hitzig (Herkunft des Schwurgerichts) Beeinflussung durch griechische Vorbilder wahrscheinlich zu machen versucht hat. Daß der Zivilprozeß von diesen Strömungen im wesentlichen unberührt blieb, erklärt sich wohl daraus, daß er politisch viel mehr neutral war als der Strafprozeß oder auch nur Verwaltungssachen. Ich muß mich hier auf einige Andeutungen beschränken und mir ihre Ausführung für eine andere Gelegenheit vorbehalten.

Sind daher die griechischen Staaten, allen voran Athen, frühzeitig zum staatlichen Zivilprozeß gelangt, so folgt daraus — und diese Konsequenz scheint mir der Verf. nicht genügend ins Licht gestellt zu haben —, daß alles, was wir in der Folgezeit an schiedsgerichtlichen Elementen im Verfahren finden, seine Wurzeln anderswo haben muß, als in einer ursprünglichen Ohnmacht oder Interesselosigkeit des Staates gegenüber dem privaten Rechtsgang. Allerdings hat die Demokratie die Beamtengewalt in der Jurisdiktion beschränkt, aber es ist ihr nicht eingefallen, sich der Staatsautorität in diesem Punkte zu begeben und auf den staatlichen Prozeß zu verzichten. Sie hat das autoritäre und bindende Urteil nur vom Beamten auf die Volksgerichte übertragen, wie dies der Verf. S. 79f. für die athenische Heliaia treffend ausführt. Um staatlichen Prozeß handelt es sich insbesondere auch bei der anläßlich der Wiederaufrichtung der Demokratie nach dem Sturze der 30 Tyrannen unter Eukleides (403/2 a. Chr.) für Privatprozesse eingeführten öffentlichen Diaita. Das zeigt die Möglichkeit eines Versäumnisurteils, nicht minder der Umstand, daß das Urteil des Diaiteten rechtskräftig und vollstreckbar wird, wenn keine der Parteien die ἔφεσις an das δικαστήριον eingelegt hat. Gegen die Auffassung der ἔφεσις als Berufung wendet sich der Verf. S. 68f., wie ich glaube, mit Recht. Es liegt staatlicher Prozeß vor, durchsetzt mit Elementen eines ebenso staatlichen Güteverfahrens — der Diaitet hat vor Beginn des Verfahrens einen Vergleich (διάλυσις)

zu versuchen —, der im Interesse der Entlastung des ordentlichen Gerichts dessen Entscheidung nur dann auslöst, wenn eine der Parteien den Spruch des Diaiteten nicht als bindend anerkennt. Daß gelegentlich auch ein dem Spruche des Diaiteten folgendes Friedensgedinge der Parteien (*ἐμμενεῖν τῇ διαίτῃ*) bezeugt ist, ist als Überbleibsel aus der Zeit zu erklären, da der Diaitet noch ein privater Schiedsrichter war. Erforderlich war es in Athen nicht mehr, anders als in Ephesus (S. 145), wo also der Zusammenhang mit dem Schiedsgericht noch ein lebendigerer war. Ich brauche aber kaum zu betonen, daß man aus diesem Zusammenhang nicht die Entwicklungsreihe: privates Schiedsgericht — öffentliche Diaita konstruieren dürfte. Dazwischen stände ja die staatliche Gerichtsbarkeit der Beamten. Es handelt sich vielmehr um Eingliederung eines ehemals schiedsrichterlichen Verfahrens in den bereits bestehenden staatlichen Zivilprozeß.

Eine große Rolle spielt im griechischen Recht die Streitbeilegung durch Urteil eines privaten Schiedsrichters (*διαιτητὴς αἱρετός*) auf Grund eines privaten Schiedsvertrags. Aber auch hier zeigt sich staatliche Ingerenz. Es ist ungemein bezeichnend, daß das römische Recht die Sicherung des Schiedsspruchs ganz den Parteien, dem von ihnen vereinbarten Strafgedinge überließ und erst das justinianische Recht unter gewissen Voraussetzungen eine Klage aus dem Schiedsspruch kennt, während der oben erwähnte *νόμος διαιτητικός* dem Urteil des athenischen Schiedsrichters sowohl Vollstreckbarkeit wie Ausschlußwirkung zubilligte. Damit hängt zusammen, wie der Verf. S. 108f. meines Erachtens richtig gesehen hat, daß der athenische Schiedsrichter an das objektive Recht bei seiner Entscheidung gebunden ist, es sei denn, daß die Parteien ihm dies nachlassen, und nicht wie sein römischer Kollege nach freiem Ermessen urteilen darf. Erst das justinianische Recht verweist auch den *arbiter ex compromisso* auf das objektive Recht. Die Ausschlußwirkung teilt, ebenfalls anders als im römischen Recht, mit dem Schiedsspruche der Vergleich, mag er nach erhobener Klage vor Gericht oder vorher zur Prozeßabwendung geschlossen worden sein, mögen ihn die Parteien selbst formuliert haben oder mag er als Schiedsvergleich unter Vermittlung amtlicher Organe oder privater Freunde zustande gekommen sein. Namentlich der Schiedsvergleich spielt eine große Rolle. Daß er zu den Aufgaben des öffentlichen Diaiteten in Athen gehörte, wurde schon erwähnt und auch die Inschriften lassen es regelmäßig als Aufgabe des Richters erkennen, vor Eröffnung des streitigen Verfahrens in einem Vortermin einen gütlichen Ausgleich der Parteien zu versuchen.

Ist es nun möglich, diese sehr mannigfaltigen Erscheinungen, die die Tendenz widerspiegeln, den privaten Rechtsstreit unter Vermeidung des gerichtlichen Urteils zu erledigen, einheitlich zu erklären? Gewiß kommt für die gütliche Erledigung des Streits durch amtliche Organe die Absicht in Betracht, die Volksgerichte zu entlasten. Das gilt z. B. für die öffentlichen Diaiteten Athens. Aber diese Erwägung dürfte kaum hinreichen, alle Erscheinungen zu erklären. Der Verf. stellt am Schlusse seiner Studie mit vollem Rechte fest: „Der rein staatliche

Rechtsgang, der im streitbeendenden, inappellablen Urteil kulminiert, wird nur als ultima ratio angesehen, die man zu vermeiden trachtet." Nimmt man noch hinzu die so häufig begegnende Institution auswärtiger Gastrichter, die Bestellung einer πόλις ἔκκλητος, beides Einrichtungen zu dem Zwecke, objektive und vertrauenswürdige Richter zu bekommen, so drängt sich noch ein anderer Gedanke auf. Ich möchte es vermeiden, ein in unseren Tagen in Deutschland viel zitiertes Schlagwort zu gebrauchen. Aber die Frage scheint mir doch berechtigt, ob die labilen innerpolitischen Verhältnisse der griechischen Stadtstaaten, vielleicht noch gesteigert durch eine Überspannung der Demokratie, nicht das Vertrauen der Bürger auf eine objektive Rechtsprechung sowohl der Beamten wie der Volksgerichte weitgehend erschüttert und so die Parteien veranlaßt hatten, die außergerichtliche Erledigung ihrer Streitigkeiten zu bevorzugen. Ich will keine Hypothese aufstellen, aber es schiene mir doch lohnend, das Material unter diesem Gesichtspunkte zu überprüfen, und wir müssen dem Verf. aufrichtig dankbar sein, daß er durch seine kritisch und juristisch ungemein sorgfältige Zusammenstellung der Quellen solche Fragestellungen ermöglicht und ihre Lösung angebahnt hat. Man wird daher mit besonderem Interesse der Fortsetzung seiner Studien auf dem Gebiete des Rechts der Papyri entgegensehen dürfen. Sollte er dabei in die Lage kommen, auch hier den Namen des verdienten französischen Forschers, der im Vorjahre der Wissenschaft leider entrissen wurde, B. Haussoullier zu zitieren, so möchte ich bitten, ihn richtig wiederzugeben und nicht Haussoulier zu drucken, wie dies in dieser Abhandlung beständig geschieht.

Leipzig. P. Koschaker.

R. W. Lee, D. C. L., M. A., An Introduction to Roman-Dutch Law. 2. Edition. Oxford 1925. XLVIII u. 424 S.

Das „Roomsch Hollandsch Recht", das zuerst Simon van Leeuwen 1652 so bezeichnete, hat sich in Holland vornehmlich als Frucht der Rezeption seit der Wende des 15. Jahrhunderts gebildet und in der berühmten Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit von Hugo Grotius (1631)[1]) sein System erhalten. Dieses Recht gilt heute noch in Ceylon und in Südafrika. Während es aber auf Ceylon dem englischen Common law mehr und mehr zu erliegen droht, hat die durch den Burenkrieg herbeigeführte Zusammenfassung der vier südafrikanischen Kolonien zur Union of South Africa dort die entgegengesetzte Wirkung gehabt. Getragen von dem Nationalbewußtsein des Landes und gefördert durch die Errichtung eines dem ganzen Gebiet gemeinsamen

[1]) Jetzt ebenfalls von Lee übersetzt und erläutert: The Jurisprudence of Holland. By Hugo Grotius. Vol. I: Text, Translation and Notes. Oxford, Clarendon Press 1926. — Vgl. dazu D. T. Oliver, Law Quart. Rev. 42 (1926), 544.

Obergerichtes (Appellate Division of the Supreme Court of South Africa), entwickelt sich hier in den letzten Jahrzehnten das „römisch-holländische Recht" zu einem neuen Common law auf der Grundlage des römischen, holländischen und englischen Rechtes. Die Schwierigkeiten, mit denen ein solcher Zustand zu kämpfen hat, sind die einem jeden Eklektizismus eigentümlichen. Welches dieser disparaten Rechte ist im einzelnen Falle als maßgebend zu erachten? Das ist die Kernfrage, vor welche Praxis und Wissenschaft sich gestellt sehen. Sie durch das ganze System zu verfolgen, ist der Zweck des vorliegenden Buches, das den Inhaber der Rhodes-Professur of Roman-Dutch Law in Oxford zum kundigen Verfasser hat. Seine Ausführungen, die die seit der ersten Auflage (1915) eingetretenen nicht unbeträchtlichen Fortschritte in der Rechtsentwicklung vielfach wiederspiegeln, sind naturgemäß eine Fundgrube von Problemen kritischer Rechtsvergleichung, aber auch für den Rechtshistoriker von hohem Interesse, weil er die Fortgeltung verschiedenster Bestimmungen der justinianischen Rechtsbücher einschließlich der Novellen, die Vorzüge römischer oder germanischer Grundgedanken hier in mannigfachen modernsten Cases sozusagen de lege ferenda diskutiert findet. Kein Wunder auch, daß der Judge-President des höchsten Gerichtes J. G. Kotzé, dem das Buch gewidmet ist, 1920 zu erklären Anlaß hat: „. . . . . No one can understand the Romain-Dutch law, as is should be understood, without a competent knowledge of these two languages (Latin and Dutch) . . . . . The basis of all is the study of the Roman law, the importance of which cannot be overrated" (Lee, Law Quarterly Review 40 [1924], 73). — Eine eindringende Besprechung der vorliegenden 2. Auflage hat W. R. Bisschop ebenda 42 [1926], 237ff. geliefert.

Freiburg i. B. E. Levy.

Übersicht über die italienische Rechtsliteratur 1915—1922.[1])

Darlehenshingabe.

Salvioli, G., Il commercio del denaro a Roma nelle lettere di Cicerone ad Attico (Atti Acc. scienze moral. e polit. di Napoli, 47 (1921) 133—144).

Ähnlich wie die mittelalterlichen Banken (Peruzzi, Fugger, Rothschild) waren auch die großen Bankhäuser Roms Familienunternehmungen, die, ohne juristische Person zu sein, doch unter der Firma des Familiennamens als Einheit auftraten. Aus Ciceros Briefen lernen wir nicht nur bekannte geschichtliche Persönlichkeiten wie Atticus,

[1]) Vgl. Bd. 45 S. 546ff., 46 S. 459ff. — Dem Zweck der Übersicht entsprechend steht die Kritik hier allenthalben hinter dem Referat zurück. Die Redaktion.

Pompejus und Brutus als Bankiers kennen, sondern die Geldsorgen des großen Redners haben uns auch noch die Namen einer ganzen Reihe anderer Bankhäuser erhalten, mit denen er seine Geldgeschäfte erledigte. An den Handelsgeschäften des Ritterstandes waren die Senatoren sehr interessiert und Cicero arbeitete auf ein Zusammengehen beider Stände hin. Verf. beschränkt sich auf eine Aufzählung der Bankhäuser und der geschäftlichen Beziehungen Ciceros zu ihnen; auf eine juristische Darstellung der Bankgeschäfte ist verzichtet.

Salvioli, G., Banche e banchieri nelle lettere di Cicerone ad Attico (Studii in onore di A. Marghieri, Napoli 1921, 329—340) — eine 2. Auflage der eben besprochenen Schrift — war mir nicht zugänglich.

Segrè, G., Mutuo e stipulatio nel diritto romano classico e nel diritto giustinianeo (Studii in onore di V. Simoncelli, 1917, 331/364).

Verf. behandelt in eingehender Exegese eine Reihe von Stellen[1], die sich mittelbar oder unmittelbar mit der Stipulation einer Darlehenssumme ex continenti oder ex intervallo befassen. Im 1. Fall ist die reale Hingabe nur causa antecedens oder futura der stipulatio; im 2. Fall steht die Stipulation selbständig neben der Verpflichtung aus dem Realvertrag. Nach klass. R. besteht im 1. Fall nur ein Verpflichtungsgrund, die stipulatio, die ihre causa in der numeratio hat. Im 2. Fall ist zunächst eine Verpflichtung aus Realvertrag vorhanden, aber die nachfolgende stipulatio hat novatorische Wirkung. Daraus folgt, daß in beiden Fällen bei Nichtigkeit der Stipulation die a° certae creditae pecuniae selbst dann nicht gegeben ist, wenn die Darlehenssumme ausbezahlt wurde (auch nicht condictio als unger. Bereicherungsklage, wie Pernice will). Justinian hat dagegen aus dem Bestreben, dem Gläubiger zu helfen, bei Stipulation ex continenti (1. Fall) einen Real-Verbalkontrakt (re et verbis) konstruiert: ist die Stipulation gültig, soll der Vertrag ein Verbalkontrakt sein, ist sie ungültig, so bleibt doch die Realkontraktsverbindlichkeit: D. 12. 1. 9. 3 u. 4; D. 44. 7. 52. 1 u. 3. Ist aber ein Darlehen gegeben worden und dann noch ex intervallo eine Stipulation nachgefolgt, so hat diese Stipulation eine akzessorische Bedeutung, es sei denn ausdrücklich der animus novandi festgelegt (D. 45. 1. 126. 2). Daher bleibt regelmäßig bei unwirksamer Stipulation, die nach klass. Recht wenigstens novatorische Bedeutung gehabt hätte, die condictio aus dem Darlehen weiter bestehen (D. 12. 1. 9. 5/7).

---

[1]) s. D. 46. 2. 6. 1 u. l. 7; D. 45. 1. 126. 2 (Bes. III 145 bestätigt); D. 14. 6. 7. 7 (sed — nocere itp. mit Pernice); D. 12. 1. 9. 3/7; D. 44. 7. 52. 1 u. 3; D. 45. 3. 1. 2 (negativ: sagt zur Frage nichts); C. 8. 37. 3: stark überarbeitet, lautete etwa: Si cum . . . directa est, [cum nihil — proptera si] ⟨intellegis nullam tibi iam superesse actionem, si tamen⟩ pecuniam [a debitore tuo] ⟨ab eo qui mutuatus est (?)⟩ Iulianus ⟨tuo nomine (?)⟩ exegit . . .); D. 3. 5. 5. 3 (potest dici — interposui itp.).

Pais, E., A proposito delle leggi nell' usura (Ricerche sulla storia IV, 1921, 33/47).

1. Daß ein altes Gesetz in Rom das Zinsnehmen verbot, wird durch Livius und Tacitus bezeugt. Derartiges ist nichts Unerhörtes. Denn Ähnliches ist auch in Griechenland und Germanien bekannt; selbst in neuester Zeit kommen sogar allgemeine Schulderlasse vor.[1]) Indessen dürfte das römische Gesetz frühestens dem 3. Jahrhundert v. Chr. (vielleicht der lex Marcia Gai. IV 23 ?) zuzuschreiben sein, denn die XII Tafeln setzten ja das faenus unciarium fest. Wie üblich hat die römische Geschichtsschreibung die gesetzgeberischen Maßnahmen um Jahrhunderte zurückdatiert.

2. Die lex Poetelia (326) hat — darin ist Livius' Zeugnis VIII. 28. 9 richtig — festgesetzt, pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset; die Geschichtsschreibung verlegt auch hier den Inhalt der lex in die Zeit des Servius Tullius. Dagegen dürfte die Bestimmung „nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur" erst späteren uns unbekannten Gesetzen zuzuschreiben sein.

Stipulation.

Riccobono, S., La forma della stipulatio: a proposito del fr. 35 § 2 D. 45. 1 (BJDR. 31, 29/39).

Die von Verf. SavZt. 43, 262 ff. näher entwickelte und an der stipulatio begründete Lehre der allmählichen Verschmelzung der Formalgeschäfte mit den formlosen Verträgen des ius gentium unter den einheitlichen Gesichtspunkten der contractus: conventio und causa, wird hier vorbereitet. Wie öfters, so haben auch in D. 45. 1. 35. 2 die Kompilatoren an Stelle von Formalgeschäften Verträge des ius gentium und das Wort contractus eingesetzt; sie haben so gesetzgeberisch verewigt, was längst praktisch sich durchgesetzt hatte. Ausführlich wird die Itp. der Stelle erwiesen und folgende Rekonstruktion vorgeschlagen: „Si in stipulatu ad interrogationem quis congrue non responderit, puta si interrogatus dabis? responderit quid ni ? quamvis consentiat in id, quod responsum est, non valet quod actum est quia stipulatio non tam consensu quam verbis confirmatur." Verf. hat sicher recht, daß die Stelle vom Verbalvertrag handelte; ob es ihm aber wirklich gelungen ist „a conciliare l'animo dei lettori alle più bizarre e sorprendenti manipolazioni dei passi dei giureconsulti eseguite dai compilatori", erscheint um so fraglicher, als er doch sachlich selbst geneigt ist, der Praxis des 4. und 5. Jahrhunderts einen erheblichen Anteil an der Umbildung des klass. Rechts zuzuschreiben.

Riccobono, stipulatio ed instrumentum nel diritto giustinianeo II = SavZt. 43, 262 ff.

Suman, A., De non numerata pecunia. Note critiche (Att Ist. Veneto 78 (1919), II, 225/296.

---

[1]) Ähnliche Erwägungen bei Kübler, Röm. Rechtsgesch. (1925) 167.

Verf. geht — insoweit im Einklang mit Binder (Studi Brugi 1910) — davon aus, daß die exceptio non numeratae pecuniae ihren Ursprung nicht von der Einrede gegen eine cautio stipulatoria nahm, sondern gerade von der einfachen cautio. Im klass. Recht hatte der Schuldner bei der stipulatio nur exceptio doli, die unverjährbar war und deren Voraussetzung er beweisen mußte, da ja die verbindliche Kraft der stipulatio auf ihrer Form beruhte; war eine Urkunde ausgestellt worden, so diente sie lediglich dem Beweise, daß die Förmlichkeiten erfüllt waren. Anders bei dem einfachen Schuldschein; hier konnte die verbindliche Kraft nicht auf der Form beruhen — denn eine Stipulation lag nicht vor und die Schriftform allein konnte keine Verbindlichkeit begründen —, nur durch reale Hingabe des Geldes entstand eine Obligation. Leugnete hier der Beklagte die Auszahlung des Geldes, so griff er das Fundament der Klage an und trotz cautio mußte der Kläger die Hingabe des Geldes beweisen. So konnte im klass. Recht die Nichtzahlung verteidigungsweise geltend gemacht werden: gegen cautio stipulatoria mit exceptio doli, bei einfacher cautio durch Leugnen des Klaggrundes. Im 3. Jahrhundert aber tritt neben die exceptio doli eine besondere exceptio in factum, die jetzt den Namen exc. non numeratae pecuniae erhält; seit Gordian kann die Nichtzahlung auch angriffsweise durch condictio der cautio geltend gemacht werden. Im weiteren Verlauf der Entwicklung verschmelzen exceptio doli und in factum ebenso wie die beiden cautiones. Im hellen. Recht hatte die Schrifturkunde verpflichtende Kraft und enthielt schematisch die Klausel: „ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγησα" („clausola di stile"). So verschwand jetzt die gewöhnliche cautio und die neue Urkunde war äußerlich immer cautio stipulatoria, ihrem Wesen nach aber einfache Schuldurkunde. Deshalb wurde jetzt auf diese cautio die Regel für die alte einfache cautio angewandt: der Gläubiger mußte die Zahlung beweisen. Formal aber blieb die exceptio, die jetzt stets den Namen exc. non numeratae pecuniae führt; sie ist bei Diokletian nur gegen Darlehensschuldschein gegeben; die hellenistische Praxis aber sucht sie bei allen Schuldurkunden zuzulassen — auch wenn die Urkunde ausdrücklich eine andere causa nannte —, bis Justinian diesem Mißbrauch entgegentrat. Während die exceptio doli unverjährbar war, hat Diokletian die Geltendmachung der exc. n. n. p. auf 5 Jahre, Justinian auf 2 Jahre begrenzt. Die Geltendmachung mußte gerichtlich erfolgen; das ist das „contestatione habita". So ist — darin stimmt Verf. Collinet zu — die contestatio kein selbständiges Mittel neben der exceptio und condictio, sondern sie bezeichnet eben nur deren gerichtliches Geltendmachen, das die Verjährung unterbricht. Justinian hat sie durch außergerichtliches Kundmachen, denuntiatio, ergänzt, und er hat beide Mittel zur Unterbrechung der Verjährung unter der Bezeichnung querela non numeratae pecuniae zusammengefaßt (insoweit sind die Itp.-Annahmen von Messina-Vitrano zu billigen). Aber ebensowenig wie die contestatio ist die querela eine neue Klage oder Einrede, sondern nach wie vor sind exceptio n. n. p. und condictio cautionis die einzigen Möglichkeiten, um die Nichtzahlung der Darlehenssumme geltend zu machen.

In seiner Besprechung dieser Abhandlung von Suman erhebt Segrè (Riv. dir. comm. 17 [1919], 544) einzelne Einwendungen gegen die Beweisführung des Verf. und gegen manche Stellenauslegung — m. E. ist übrigens Suman in der Textkritik zu konservativ —, stimmt aber Suman darin zu, daß die contestatio und später die querela kein selbständiger Rechtsbehelf neben exceptio und condictio war.

Vassalli, F. E., Miscellanea critica III. Nr. 6: Sul paradigma classico della stipulazione.

Das Schema der dare-Stipulation muß den Gläubiger angegeben haben, hat also gelautet: „C mihi dare spondes?“ Gaius erwähnt zwar nur die unveränderlichen Elemente (dari spondes); aber daß mihi oder eine entsprechende Bezeichnung des Gläubigers neben dem dare erforderlich war, ergibt sich aus den Formeln der a° certae creditae pecuniae und der a° ex stipulatu, aus Gai. III 103, der Möglichkeit, den Erben in den Vertrag aufzunehmen (D. 45. 1. 38. 14) und der Nichtigkeit der Formel post mortem dari (Gai. III 100). Justinian hat dagegen entschieden, daß die Erwähnung des Berechtigten nicht wesentlich sei: D. 45. 3. 1 pr. (an . . . adiectione itp.), D. 45. 3. 15 (sive impersonaliter!), D. 45. 3. 18. 1 (quodsi . . . . potest). Hätte das klass. Recht die Benennung des Gläubigers nicht erfordert, so hätte gar kein Streit über die mihi-Stipulation des Sklaven entstehen können. Natürlich mußte der Berechtigte nicht immer ausdrücklich genannt werden; gemäß der Formenstrenge des Schemas war dann eben der Fragesteller der zu Berechtigende. Die in den Quellen häufige Form C dare spondes ohne Bezeichnung des Gläubigers ist möglicherweise echt; aber da alle Urkunden die Passivkonstruktion (dari spondes) haben, ist eher an einen Gräzismus zu denken.

Andere Verbalkontrakte.

Cocchia, E., Iurare (Riv. indogreco-ital. IV, 1921, 81/2).

iurare ist nicht unmittelbar aus ius, iustus entstanden. ius (aus ioves, ious) und iustus (aus iovestos) bedeutet geschichtlich: „das, was das Recht festgesetzt hat“ und nur in Verbindung mit iurandum den Eid. Daher kann iurare = schwören nicht von ius herzuleiten sein. Wohl aber enthält auch iurare die Wurzel iov, Djov und ist aus Iovesare hervorgegangen, bedeutet also nomen Iovis invocare (s. Gell. Noct. Att. 1. 21. 4 und C.J.L. 6, 329).

Litterarum obligatio.

Brandileone, F., Sulla supposta obligatio litterarum nell' antico diritto greco (Rend. Acc. Scienze Istit. Bologna, II, 4 [1920], 57/158).[1])

Verf. nimmt die alte Lehre Gneists wieder auf, daß dem griechischen Recht ein abstrakter Litteralvertrag unbekannt war. Unter ein-

[1]) S. auch das Referat von Meyer, Ztschr. f. vgl. RW. 39 (1921), 261.

gehender Prüfung der lateinischen und griechischen Quellen (Gai. III 134; Pseudo-Ascon. in Verr. II 1. 36. 91; Nikarete-Urkunden der Inschrift von Orchomenos, Pap. Paris No. 8) wird Mitteis' Lehre vom abstrakten Vertrag ohne Möglichkeit eines Gegenbeweises aus der causa als reine Annahme bekämpft und gegen Riccobonos Ansicht, daß im justin. Recht der Verbalkontrakt durch den griechischen schriftlichen Vertrag verdrängt worden sei, ausgeführt, daß das griechische Recht den Willenskonsens zum Vertragsabschluß genügen ließ, die Schriftform nur Beweiszwecken diente. Die *συγγραφὴ δανείου* kann keine abstrakte fiktive Darlehensurkunde gewesen sein, weil sie unterschiedslos bei real gegebenen Darlehen wie bei bloßen Kreditvereinbarungen angewandt worden sei. Das *ἐδάνεισεν ὁ δεῖνα* habe nur den Willen der Parteien beurkundet, ein Kreditgeschäft abzuschließen. Denn das Darlehen des griechischen Rechts sei kein Realvertrag, sondern ein Konsensualvertrag und habe daher im Gegensatz zum engen Begriff des röm. Rechts alle Fälle umfaßt, in denen die Parteien eine Kreditgewährung vereinbarten.

P. M. Meyer hat in seinem erwähnten Bericht dem Ergebnis des Verf. zugestimmt. Ablehnend sprachen sich aus Partsch, SavZt. 42, 260, Weiß, Griech. Privatrecht I 439 N. 35 a. E. Wenn es auch auffallend ist, daß das griechische Recht, entgegen sonstigen antiken Rechten, den abstrakten Vertrag nicht gekannt haben sollte, so ist doch wenigstens für die Nicarete-Urkunden wohl richtig, daß die *συγγραφή* mit der *ὁμολογία* juristisch ein untrennbares Ganzes bildete, bei dem die *ὁμολογία* den materiellen Verpflichtungsgrund angab. Das unterstreicht Brandileone nochmals in „Note a recenti difese del contratto letterale nell' antico diritto greco" [Rend. Acc. naz. dei Lincei 1923, 32, 105 ff.; s. Bericht von Meyer, SavZt. 46, 329] gegen Angriffe von Vinogradoff (Outlines of histor. jurisprudence 1922, II, 241). Ebenda wendet sich Verf. auch gegen Riccobono, der (SavZt. 43, 394) das Wesen des abstrakten Vertrages nur darin sehe, daß die Berufung auf das abstrakte Versprechen als Klaggrund genüge und einen Einwand aus der causa nicht ausschließe. Ihm wird vorgehalten, daß er nicht bewiesen habe, daß dies auch die griechische Auffassung des abstrakten Vertrages sei — dagegen spräche, daß der Gläubiger sich immer auf den materiellen Grund berufe — und daß er einfach ohne zu unterscheiden vom griechischen abstrakten Vertrag und griechischen Litteralvertrag spreche, ohne doch zu sagen, ob der von Justinian übernommene griechische Schriftvertrag, der die Stipulation verdrängt habe, der abstrakte Litteralvertrag gewesen sei, der nach Mitteis schon im 3. Jahrhundert verschwand, oder ob er der einfache Litteralkontrakt des griechischen Rechts war, der jedoch den Schuldgrund nannte. — Gegen B. aufs neue de Ruggiero, Studi Perozzi (1925) 380 f.

Segrè, A., Eine neue *συγγραφὴ ἑξαμάρτυρος* (Philol. W. Schr. 1922 669) s. daselbst.

Kauf.

Andrich, G. L., Sull' origine della lesione enorme nella compravendita (Riv. ital. sc. giur. 63 [1919] 3/36).

Die Arbeit gehört zu der Reihe von Abhandlungen, die durch Landuccis Vorstoß gegen die h. L. über die laesio enormis (s. unten) veranlaßt wurden. Landucci hat wenig Erfolg gehabt und herbe Kritik zu hören bekommen. Selbst sein Schüler Andrich bekennt — wenn er ihm die bittere Pille auch mit einigen schönen Redewendungen versüßt —, daß er dem von L. besonders angegriffenen Deutschen Gradenwitz recht geben müsse, und wendet sich gegen die unwissenschaftliche Ablehnung einer fremden Forschungsmethode aus nationalen Gründen. Er selbst sucht die allmähliche Entwickelung des Prinzips der laesio enormis soziologisch zu erklären. Diokletian habe in der c. 2 C. 4. 44 aus zeitgemäßen Billigkeitsgründen eine Ausnahme vom Prinzip der Vertragsfreiheit zugelassen. Später hätte sich das soziale Empfinden immer mehr dagegen aufgelehnt, daß Kaufgeschäfte mit zu niederen Preisen wirksam seien. Justinian habe dieser Auffassung durch Einführung der laesio enormis Rechnung getragen, dadurch einen festen Grundsatz geschaffen und, von diesen Ausnahmefällen abgesehen, die Vertragsfreiheit aufrecht erhalten.

Arnò, C., I sumptus funeris servi ai tempi di Orazio e Labeone (Memorie Accad. Modena, III, 14, 1920).

Labeo soll nach Ulp. D. 19. 1. 13. 22 dem Verkäufer a° venditi gewährt haben, wenn der verkaufte Sklave vor der Übergabe stirbt: et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit. Indessen weder Labeo noch Ulpian haben so entschieden; vielmehr ist der Satz den Byzantinern zuzuschreiben. Labeo kann diese Entscheidung nicht gegeben haben, weil zu seinen Zeiten der dominus gar keine Verpflichtung hatte, den Sklaven zu bestatten; bestattete der Herr den Sklaven, so war das eine freiwillige Handlung, eine impensa voluptaria.[1]) Auch Ulpian hat die Entscheidung nicht gegeben, obwohl zu seinen Zeiten der dominus bestattungspflichtig war. Zur Zeit Justinians hatte christlicher Einfluß die Bestattung auch der Sklaven längst zu einer religiösen Pflicht gemacht; die Kompilatoren haben deshalb einfach eine Äußerung Labeos unter Zusatz „mortui servi" hier benützt, um ein besonders wirksames Beispiel für ihre periculum-Lehre zu haben.[2]) Was Labeo sagte, läßt D. 18. 4. 2. 17 noch deutlich erkennen: et ait Labeo emptorem impensam funeris praestare debere. — Vgl. hierzu Rabel, diese Ztschr. Bd. 42 S. 564.

---

[1]) S. § 2/3, wo übrigens mit Stellen operiert wird, die de Francisci, misura (s. unten) als itp. erwiesen hatte.

[2]) In seiner Schrift „La teoria del periculum rei venditae nel diritto romano classico" (1897) hat Arnò den Satz periculum est emptoris für das klass. Recht bestritten. Indessen bemerkt er 1925 in Nuovi studi su Cassio

Bonfante, P., La data della lesione enorme (Riv. dir. comm. 19 [1921] II, 101).[1]) Note zu einem Urteil.

Das Kassationsgericht in Florenz hatte entschieden, daß der für die Bemessung des Grundstückswertes entscheidende Zeitpunkt bei Feststellung einer laesio enormis der Augenblick des Kaufabschlusses und damit der des Eigentumsüberganges sei; auf den Zeitpunkt des etwaigen Vorvertrages über das Kaufgeschäft komme es nicht an. Bonfante bekämpft in der Note zu dem Urteil diese Entscheidung. Der Vorvertrag sei nichts anderes als ein Kauf. Dieser werde nicht durch die Eigentumsübertragung, sondern durch Austausch der Versprechen über Ware und Preis gekennzeichnet. Der Zeitpunkt des Kaufversprechens und nicht der Kaufausführung sei daher für die Frage einer laesio enormis entscheidend. Das Prinzip der laesio enormis sei nicht aus einem Fehler des Rechtsgeschäftes zu rechtfertigen; es verdanke seine Entstehung dem wohlfahrtsstaatlichen Bestreben Justinians, auch im Privatrecht selbst gegen den Parteiwillen fürsorgend einzugreifen, insbesondere auf ein iustum pretium hinzuwirken. Dies Verbot sei daher als Ausnahmevorschrift eng auszulegen.

Carusi, E., Su tre papiri giuridici arabi (Studii per Simoncelli 1917, 275/329).

Hierüber s. jetzt Pritsch in diesem Bande S. 448 f.

De Francisci, P., L'evizione della res data in solutum e i suoi effetti (1915). 21 S.

Nach D. 13. 7. 24 pr. und C. 8. 44. 4 soll — im Gegensatz zu andern Stellen — die datio in solutum die alte Obligation zum Erlöschen bringen und bei Eviktion der in solutum gegebenen Sache dem Gläubiger eine a° emti utilis gegeben werden. Diese a° emti utilis ist eine Schöpfung der Kompilatoren; denn sie sahen in der datio in solutum einen gegenseitigen Vertrag, den sie zu den contractus rechnen und mit dem Kauf vergleichen. — Verf. hat BJDR. 27 (1915) 311 selbst bemerkt, daß schon früher Rabel (Grundzüge § 94) den Nachweis der Unechtheit geführt hatte. Steiners Datio in solutum (München 1914) war Verf. damals anscheinend noch nicht bekannt oder zugänglich.

Guarneri-Citati, A., Gli effetti del pactum de non praestanda evictione e la regola „creditorem evictionem non debere" (Annali Sem. Giur. Palermo VIII [1922] 385/439).

Verf., der in klarer und besonnener Art sorgfältig die Quellen sachlich und formal kritisch würdigt, kommt zu folgendem Ergebnis:

(S. 21): „Ma intendiamoci bene. Dicendo: diritto romano classico e diritto romano giustinianeo, io non dò più il senso, alle cui ultime conseguenze, di cui poteva essere capace, sono pervenuti Haymann e Konstantinovitch, e quindi non si tratta per me di una vera e propria innovazione giustinianea."

[1]) Auch Bonfante spricht sich kurz gegen Landucci aus.

1. Sowohl im klassischen wie im justinianischen Recht[1]) enthebt das pactum d. n. pr. e. den Verkäufer der Verpflichtung, für rem habere licere einzustehen; folglich darf er trotz Eviktion der Sache entweder den schon empfangenen Kaufpreis behalten oder den noch nicht empfangenen Preis einfordern, gleichgültig, ob überhaupt schon die Übergabe der Sache an den Käufer erfolgt ist oder nicht.

2. Im klassischen Recht haftet der Pfandgläubiger oder Fiduziar im Fall der Veräußerung der Sache wie jeder Verkäufer für Eviktion; im justinianischen Recht dagegen ist der Pfandgläubiger ohne weiteres von der Gewährleistungspflicht befreit, wenn er „iure creditoris" verkauft, d. h. sich als Pfandgläubiger zu erkennen gibt und die Haftung nicht ohne weiteres übernimmt. Die Regel: creditorem evictionem non debere ist justinianisches Recht.

Aus der Begründung ist hervorzuheben: Der Verkäufer darf trotz Eviktion den Kaufpreis behalten (so die h. L.; a. A. Ricca-Barberis, Studi e documenti di storia e di diritto 24 [1903] 3ff.). D. 19. 1. 11. 18 ist itp.; die von Ricca-Barberis angenommene condictio ist ganz unmöglich.

Der Verkäufer darf trotz der Eviktion den Kaufpreis fordern: hier muß von dem Fall des veräußernden Pfandgläubigers ausgegangen werden. Nach h. L. haftet der veräuß. Pfandgläubiger nicht für Eviktion, steht also dem Verkäufer mit p. d. n. pr. e. gleich. Er kann — wie D. 21. 2. 68 pr. zeigt — auch nach Entwehrung des Pfandes doch noch auf den Preis klagen. Den entscheidenden Grund hierfür sieht die h. L. in der besonders vereinbarten Klausel „ne quid evictione secuta creditor praestet". Würde diese fehlen, so könnte der Pfandgläubiger zwar trotz Eviktion des Pfandes den Erlös behalten, nicht aber den Preis einklagen. Dies Recht erwachse erst aus der erwähnten Befreiungsklausel. Guarneri hält diese Begründung für verfehlt. Denn sie stützt sich auf den Satz creditorem evictionem non debere, den das klassische Recht nicht kannte.[2]) Für das klassische Recht ist D. 21. 2. 68 pr. vielmehr dahin zu verstehen, daß nur kraft der besonderen Vereinbarung „ne quid praestet" der Pfandgläubiger nicht für die Eviktion haftet und folglich nur wegen dieser Klausel entweder den Preis zurückbehalten oder ihn einklagen kann.[3]) Im klassischen Recht nimmt somit der Pfand-

---

[1]) Beweis: D. 19. 1. 11. 16 und indirekt D. 18. 6. 19. 1, C. VIII 44. 24, die Verf. gegen die herrschende Anschauung durch Vergleich mit Vat. fr. 12 als itp. erweist.

[2]) Das hat Haymann, Sav.Z. 40, 309, schon richtig gesehen, ohne jedoch die Frage eingehender zu prüfen.

[3]) Das beweist schon D. 20. 5. 12. 1 (si ea lege vendidit, ne evictione obligaretur — quod si non ita vendidit . . .); im zweiten Fall wird der Schuldner nicht befreit; vielmehr hat bei Eviktion der Gläubiger gegen ihn ein Rückgriffsrecht. Also gilt nicht der Satz: creditorem evictionem non debere. Dafür spricht auch, daß der Pfandgläubiger wie jeder Verkäufer für Sachmängel einsteht. D. 13. 7. 23 erklärt sich der Rückgriff des Gläubigers gerade daraus, daß er dem Käufer wegen Entwehrung haftet. Sehr deutlich: D. 20. 5. 13; hier ist statt [ius suum cedere] ⟨eam mancipare aut in iure cedere⟩ zu lesen,

verkauf keine Sonderstellung ein und es gilt wie für ihn so schlechthin das Prinzip, daß durch das pactum de non pr. evictione die Verpflichtung zur Gewährleistung aufgehoben wird. Daher kann der Kaufpreis trotz Eviktion nicht nur zurückbehalten, sondern auch eingeklagt werden[1]) und dies sogar dann, wenn die Sache noch gar nicht übergeben, sondern beim Verkäufer vom Dritten in Anspruch genommen wurde. Darin liegt allerdings eine Störung des sog. funktionellen Synallagmas, aber das ist für das klassische Recht nichts b. f. widriges und auch in andern Fällen bekannt.[2]) [3])

In seiner Besprechung dieser Arbeit stimmt Ricca-Barberis (Arch. giur. 89, IV[a] ser. [1923] 126/30) Guarneris Auslegung der D. 21. 2. 68 pr. zu und wendet sich gegen die Auffassung (Scharff, Lehre vom Gewährerlaß. Diss. Greifswald 1888), daß trotz des positivrechtlichen (justin. R.) Haftungsausschlusses tatsächlich das Ausschlußpaktum doch wichtig gewesen sei, um klarzustellen, daß von der in der Praxis üblichen Garantieklausel im konkreten Fall keine Rede sein konnte. Die textkritischen Beweise für den justin. Ursprung der Regel creditorem evictionem non debere hält Ricca-B. für schlüssig; er glaubt ihn seinerseits durch den Hinweis unterstützen zu können, daß an Stelle des pignus ursprünglich fiducia stand. Hier konnte der entwehrte Käufer sich nur an den Fiduziar halten (a[o] auctoritatis auf Grund der mancipatio) und das galt zunächst auch beim pignus. Das responsum Papinians würde also einer Zeit entsprechen, in der man noch nicht klar erkannt hatte, daß bei der Pfandveräußerung nur der Schuldner (als der wahre auctor) für die Eviktion einzustehen hat.

---

also zweifellos Gewährleistungspflicht. Justinian aber sieht die Pfandveräußerung als reine Zession des Gläubigerrechts an, folglich haftet der Gläubiger nicht bei Eviktion, sondern er muß nur dem Käufer die Klage gegen den Schuldner zedieren, d. i. die a[o] pignerat. contraria: D. 21. 2. 38 (vel ad hoc . . . futurum est, itp.). Der Schuldner wird mit der Veräußerung des Pfandes wohl befreit, aber er darf nicht zum Nachteil des Käufers bereichert werden. Zu D. 17. 1. 59. 4 findet sich die bezeichnende Gegenüberstellung von Veräußerung iure creditoris (als Pfandgläubiger ohne Gewährleistungspflicht) und communi iure (als gewöhnlicher Verkäufer und daher mit Gewährleistung); itp. [regressum . . . promiserit] und [ex hoc . . . liberationem]. Ebenso ist iure creditoris in C. 8. 45. 1 itp.

[1]) S. 425 N. 1 bemerkt Verf., Pringsheim bestreite, daß die Preiszahlung für das klass. Recht notwendige Voraussetzung der Gewährleistungspflicht war. Seinen Hauptnachweis, daß die Preiszahlung als wesentliche Bedingung des Eigentumsüberganges auf hellenistisches Recht zurückzuführen ist, bestätige Pap. Vat. fr. 12. Aber gerade diese Stelle beweise auch, daß erst von der Preiszahlung ab die Eviktionshaftung beginne.

[2]) Haymann hält irrig D. 19. 1. 50 inhaltlich für klassisch. Ihr klassischer Inhalt könnte aber nur sein, daß der Käufer trotz Befreiung von eigener Leistungspflicht vom Verkäufer Erfüllung verlangen kann. Leistungs- und Gegenleistungspflicht können im klass. Recht voneinander unabhängig sein.

[3]) M. E. sind Guarneris Ausführungen ein starkes Indiz dafür, daß auch der Grundsatz periculum est emtoris durchaus nicht gegen alle Prinzipien des klassischen Rechts verstieß. Aber merkwürdigerweise stimmt Guarneri Haymanns Behauptungen zu: S. 430 N. 3 und S. 438.

Landucci, L., La lesione enorme nella compravendita (Atti Istit. Veneto 75 [1918] II 1189/1255).

In dieser von nationalistischem Übereifer diktierten Arbeit[1]) wendet sich Landucci gegen die Überschätzung der deutschen romanistischen Literatur, deren textkritische Methode für die Erfassung des Genius des römischen Rechts gefährlich sei; er bedauert, daß Italiener bei ihren Landsleuten so geringe Anerkennung gefunden hätten. Zur Beweisführung geht er mit großem Aufwand gegen Gradenwitz' Interpolationsnachweis der laesio enormis an; kritiklos seien ihm die italienischen Romanisten gefolgt, obwohl schon Thomasius dieselbe Behauptung aufgestellt und das gemeine Recht sie richtig abgelehnt habe. Gradenwitz habe Interpolationen nur behauptet, aber nicht bewiesen. Diokletian hätte schon das Rücktrittsrecht wegen laesio enormis eingeführt, die spätere Zeit sei nicht gefolgt, Justinian aber habe das Prinzip wieder aufgegriffen und endgültig zum Gesetz erhoben.[2])

Landucci, L., Azioni per far valere il pactum displicentiae e la lex commissoria (Atti Ist. Veneto 75 [1915] VIII, tom. 18 II, 137sq.).

Die Sabinianer gaben die Kontraktsklage; die Proculeianer waren der Auffassung, daß die Vertragsklagen nur dazu dienen können, die Vertragswirkungen geltend zu machen, nicht aber die Folgen der Vertragsaufhebung. Sie lehnten daher die Kontraktsklage ab und gewährten a° in factum. Die Severen entschieden zugunsten der Sabinianer (D. 18. 3. 4 pr.), die Kompilatoren aber haben eine Stelle des Proculus (D. 19. 5. 12) aufgenommen, die nur a° in factum gewährt, und sie haben deshalb — nach Landuccis Ansicht —, um Widersprüche zu vermeiden, beide Klagen zugelassen. Deshalb ist in D. 18. 5. 6 [aut proxima emti in factum datur] und in C. 4. 54. 2 [praescriptis verbis vel] itp.; die a° in factum war für die Kompilatoren mit der a° praescriptis verbis identisch.

M. E. sind diese Itp.-Annahmen zutreffend.[3]) Den wahren Grund für das Eingreifen der Kompilatoren sehe ich aber darin, daß sie materiellrechtlich denken; so konnte für sie erst der Zweifel entstehen: ist nach Auflösung des Vertrages überhaupt noch eine Klage aus diesem Vertrag möglich? D. 18. 1. 6. 1 [nec conturbari . . . utrique solveretur]; D. 18. 3. 4 pr. [et quidem . . . divi Severi declaratur]; Zweifel der Proculeianer bestanden gar nicht; D. 19. 5. 12 handelt nicht vom pactum displicentiae.

---

[1]) Die Feindschaft des Verf. richtet sich sogar gegen die Art des Zitierens: C. Th. 3. 1. 1, 4, 7 sei deutsche Zitierweise, an deren Stelle man wieder zur alten guten italienischen Art: l. 1, l. 4, l. 7 C. Th. de rescin. vend. III 1 zurückkehren solle!!

[2]) Die italienische Forschung hat Landucci scharf zurückgewiesen; s. vor allem Solazzi, BJDR. 31, 68ff., 78ff. (Besprechung s. unten); Andrich (s. oben); Albertario (s. unten).

[3]) S. noch Pernice-Krüger ad h. c.



Longo, C., Sulla in diem addictio e sulla lex commissoria. S. Besprechung von **Rabel**, SavZt. 46, 466.

Ricca-Barberis, M., Sulla natura della garanzia per evizione (Studii in onore di V. Simoncelli, 1917, 265/72).

Verf. wendet sich gegen die auch von deutscher Seite abgelehnte, aber im BGB. § 440 befolgte Lehre **Bekkers**, daß bei Eviktion der übergebenen Sache die geschuldete Leistung als nicht erfolgt anzusehen sei und deshalb die Ansprüche wegen Nichterfüllung zuständen. In D. 21. 2. 33 wird quia tradere non potui evictum dahin erklärt, daß die Eviktion beim ersten Käufer erfolgte, so daß er seiner Verpflichtung aus der Weiterveräußerung nicht nachkommen konnte.

Ricca-Barberis, La chiamata in causa del venditore tenuto alla garanzia dall' evizione (Arch. giur. IV 2, 1921, 163/7).

C. 8. 45. 17 beweist, daß bloße Mitteilung (denuntiatio) genügt, um dem Käufer den Gewährschaftsanspruch zu sichern. Eine Erbittung der Prozeßbeistandschaft war nicht nötig, wenn auch in den Quellen die denuntiatio regelmäßig mit der Zweckangabe verbunden ist. Seitdem aber die Gewährleistungspflicht aus einer Pflicht zur Unterstützung im Prozeß zu einer reinen Schadensersatzpflicht geworden war, konnte die Hilfe im Prozeß unerwünscht sein. Sie mußte deshalb besonders erbeten werden, damit der Verkäufer intervenieren konnte. Im gemeinen Recht hat die denuntiatio jeden Zusammenhang mit der Defensionspflicht verloren. Sie wurde jetzt aus einer Streitmitteilung zur Streitverkündung, die die Aufforderung zur Unterstützung im Prozeß enthalten mußte.

Ricca-Barberis, L'obbligo della garanzia per evizione nel caso di più obbligati (Riv. di dir. civ., 14 [1922] 105sq.) ist mir nicht zugänglich.

Ricca-Barberis, L'evizione da fatto personale o proprio di chi dona o vende (Arch. giur. IV ser. 88 [1922], 145/180).

In dieser rechtsvergleichenden Studie, die das römische Recht nur nebenbei berücksichtigt, untersucht Verf., was unter fatto proprio (fait personnel du vendeur; eigene Handlung des Verkäufers) zu verstehen ist und welchen Sinn die Vorschriften des c. c. it. (1077 [2], 1484) haben, nach denen der Ausschluß der Garantiehaftung entfällt, wenn die Eviktion auf eigener Handlung des Veräußerers beruht. In eingehender Auseinandersetzung mit der italienischen, französischen und deutschen[1]) Literatur kommt Verf. zu dem Ergebnis: die Verpflichtung, für die eigene Handlung einzustehen, und die Gewährleistungspflicht sind zwei ganz verschiedene selbständige Verbindlichkeiten. Irrig sieht

[1]) **Rabel**, Haftung des Verkäufers wegen Mängel im Recht I (1902). **Rabel**, Die eigene Handlung des Schuldners und Verkäufers (Rhein. Ztschr. f. Z. u. Pr.R. I 187).

die französische und italienische Lehre die erstere als eine Folge der Gewährleistungspflicht an. Das ist ganz logisch, wenn man die Defensionspflicht ohne weiteres als gegebene Verkäuferverpflichtung ansieht: denn wer den Käufer gegen Angriffe Dritter verteidigen muß, darf nicht selbst die gleichen Handlungen vornehmen. Aber die Begründung der Haftung für eigene Handlung aus der Gewährleistungspflicht ist historisch und sachlich unbegründet. Historisch: weil die Defensionspflicht in Rom aus der mancipatio erwuchs und die Eviktion infolge Handlung des Verkäufers durch exceptio doli, seit Julian durch exc. rei venditae et traditae getroffen wurde. Auch zeigt sich aus den assyrisch-babylonischen Urkunden und den ägyptischen Papyri, daß am Anfang der Entwicklung die Garantie gegen eigene Handlung des Verkäufers und seiner Rechtsnachfolger stand und erst später auch Gewährleistung gegen Angriffe Dritter vereinbart wurde. Sachlich: weil nicht Defensionspflicht, sondern Verpflichtung zum Schadensersatz besteht und weil für die eigene Handlung auf Grund der vertraglichen Rechtsbeziehungen einzustehen ist. Eine Eviktion durch den Verk. selbst ist unmöglich; ihm steht auch im modernen Recht immer die Einrede des obligatorischen Vertrages entgegen. Art. 1077, 1484 müßten deshalb richtig lauten, daß der Verkäufer für sein fatto proprio einzustehen hat.[1]) Denn unter Eviktion durch fatto proprio ist richtig nur diejenige Handlung zu verstehen, durch die der Veräußerer oder sein Universalsukzessor ein nach der Veräußerung an ihr erworbenes Recht geltend macht.

Solazzi, S., L'origine storica della rescissione per lesione enorme (BJDR. 31, 51/87).

In Polemik gegen Landucci (s. oben) protestiert Verf. „contro le sciocchezze che volevano essere manifestazioni d'italienità e di patriottismo"; er hält im einzelnen eine Widerlegung L.s für überflüssig, denn: „l'indagine se un testo sia o no interpolato presuppone la conoscenza del metodo e qualche grano di buon senso." Gradenwitz' Fehler sei es gewesen „di scrivere pro coloro che i metodi diagnostici delle interpolationi possiedono e distinguono rettamente! Positiv bestätigt Verf. nach Prüfung aller in Betracht kommenden Stellen die Ansicht von Gradenwitz, daß Justinian nicht bloß die Begrenzung ultra dimidiam partem, sondern überhaupt das Prinzip der laesio enormis einführte. Er stützte sich dabei auf den ethischen Gedanken des gerechten Preises.[2]) Landuccis Phantasien erfahren eine vernichtende Kritik; aber auch Andrichs Ansicht, die der Erklärung des Thomasius nahesteht, wird abgelehnt: Diokletian hat auch nicht in Ausnahmefällen ein Rücktrittsrecht wegen Preisdrückerei gewährt.

---

[1]) Richtig: BGB. § 185.

[2]) Vgl. über diesen jetzt die interessanten nationalökonomisch-juristischen — historisch allerdings nicht zutreffenden — Ausführungen von Diehl, Stammlerfestgabe 1926.

Vassalli, F. E. Osservazioni sopra il contratto di vendita di un cavallo in un papiro egizio (BJDR. 31, 144/9).[1])

Aus der Urkunde ergibt sich, daß das Pferd nicht emanzipiert wurde. Dadurch gewinnt im Zusammenhang mit Varro II 6. 3; 7. 6. 18. 3 die Ansicht besonderes Gewicht, daß schon zu Varros Zeiten die animalia, quae collo dorsove domantur, nur tradiert wurden und die Darstellung des Gaius und Ulpian durch die Praxis längst überholt war. Der Beweis ist aber nicht absolut schlüssig; denn es könnte sein, daß es sich um ein exotisches Pferd handelte, das nicht zu den res mancipi gezählt wurde, oder daß die Formen der mancipatio in Ägypten schwer durchführbar waren.

Brugi, B., Patto commissorio ex intervallo (Riv. dir. comm. 17 [1919] II, 396/400) (Note zu einem Urteil).

Der Gerichtshof hatte Art. 1884 c. c. it. dahin ausgelegt, daß die Verfallabrede wirksam sei, wenn sie ex intervallo abgeschlossen wurde und „specialmente dopo che il debito è scaduto“ [s. BGB. 1229]. Brugi begrüßt diesen Zusatz und zeigt, daß es viel zu doktrinär ist, die Gültigkeit des p. c. davon abhängig zu machen, ob es ex intervallo oder in continenti abgeschlossen sei. Diese Unterscheidung habe schon das gemeine Recht in C. 8. 34. 3 hineininterpretiert, jedoch nicht ohne Widerspruch. Beachtlich sei die Ansicht von de Luca (Disc. IX Nr. 5), der vorschlägt, daß die verpfändete Sache zu einem giusto prezzo dem Gläubiger zugesprochen wird; dann habe man eine Art datio in solutum und keine Partei sei benachteiligt. Es ist interessant, daß Brugi die von ihm empfohlene Auslegung auf einen — seit Faber als justinianisch erkannten — Gedanken zurückführt: D. 20. 1. 16. 9 „rem iusto pretio tunc aestimandam“.

Guarneri-Citati, A., Gli effetti dell' evizione nei rapporti fra l'aggiudicatario e i creditori (Riv. dir. civ. 12, 1920, 313/373).

Verf. untersucht für das geltende ital. Recht die Frage der Gewährleistung bei der Zwangsversteigerung. Der Ersteher habe bei drohender oder erfolgter Eviktion weder einen Rückforderungsanspruch auf den bezahlten Erlös, noch das Recht, die Leistung zu verweigern. Denn mindestens analog müsse das Delegationsrecht (art. 1278) angewandt werden, wonach der Angewiesene dem Anweisungsempfänger keine Einrede aus dem Kausalverhältnis entgegenhalten kann. Art. 1278, der im franz. Recht fehlt, ist eine getreue Wiedergabe römischer Digestenstellen (D. 46. 2. 12; 13 und 19). Verf. prüft deshalb[2]), ob nach röm. Recht dem Delegatar Einreden aus dem Kausalverhältnis zum delegans entgegengehalten werden können. Wie die Pandektenwissenschaft will

[1]) Vgl. Meyer, Ztschr. f. vgl. RW. 39, 255 und 40, 196.

[2]) Ich übergehe hier die Frage der Haftung des Pfandgläubigers, die Verf. in Annal. Palermo VIII (s. oben) besonders behandelt hat.

auch die ital. Dogmatik die Frage verschieden beantwortet haben, je nachdem, ob es sich um eine abstrakte oder kausale Delegation, um eine novatorische Delegation oder nicht handelt. Diese Unterscheidung lehnt Verf. für das ital. Recht als unbegründet ab, wie sie schon für das röm. Recht ohne Anhalt in den Quellen ist. Das röm. Recht versagt dem Angewiesenen gegenüber dem Gläubiger die Einreden, die dem Anweisenden gegen den Anweisungsempfänger oder dem Angewiesenen gegen den Anweisenden zustehen, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um abstrakte oder kausale Delegation handelt.[1]) Es war auch belanglos, ob die Delegation novatorisch wirkte oder nicht; im klass. Recht war zwar mit der stipulatio notwendigerweise eine Novation verbunden, wenn Identität des Objekts der alten und neuen Verpflichtung bestand[2]); aber im justin. Recht gab es Delegation auch ohne Novation, da hier die novatio nur eintrat, wenn der animus novandi vorlag. Delegare est solvere gilt nur, wenn kein entgegengesetzter Parteiwille vorliegt, was z. B. der Fall ist bei Delegation mit periculum debitoris; in diesem Fall wird der Schuldner erst mit tatsächlicher Befriedigung des Delegatars befreit (J. 3. 29. 3; C. 8. 41. 8 pr.; C. eod. 3. 1 itp. [voluntate novationis interposita] D. 17. 1. 45. 7 itp. [tunc enim — stipulatur]). Selbst bei dieser einfachen Delegation (ohne Novation) kann der Delegat dem Delegatar keine Einrede aus dem Kausalverhältnis entgegenhalten (D. 39. 5. 21. 1 und D. 46. 2. 19). Nicht die Novation ist im klass. und justin. Recht der Grad für den Ausschluß der Exzeptionen gegen den Delegatar, sondern die Begründung einer neuen Obligation, die wirksam ist, wofern nur eines der beiden Kausalverhältnisse besteht und sie rechtfertigt. Da sonach gegen den Delegatar keine Einreden aus dem Kausalverhältnis vorgebracht werden können, so ist erst recht eine Rückforderungsklage (condictio) und logischerweise auch die Zurückbehaltung der Geldleistung trotz Eviktion vor Zahlung[3]) ausgeschlossen.

Albertario, E., Iustum pretium e iusta aestimatio (BJDR. 31, 1921, 1/19).

Der Begriff des iustum pretium und die Wendungen iustum pretium, iusta aestimatio sind byzantinisch.[4]) Für die Klassiker bedeutet iustus nur dem positiven Recht entsprechend (ius)[5]); sie überlassen die Preisbemessung dem Parteiwillen. Die Byzantiner verlangen dagegen

---

[1]) Diese auch dem Mittelalter unbekannte Unterscheidung brachte erst die gemeinrechtliche Doktrin an die Quellen heran (Thöl, Handelsrecht; Salpius, Novation und Delegation); sie widerspricht aber dem justin. Prinzip (D. 46. 2. 19): non facile scire potest . . . (itp.), denn diese Begründung paßt am allerbesten für eine kausale Delegation.

[2]) Aber auch das klass. Recht kannte Delegationen, ohne daß vorher eine Verpflichtung bestand, also auch ohne daß von einer Novation die Rede sein konnte D. 46. 2. 33; D. 39. 5. 33. 3; D. 42. 1. 41 pr.

[3]) Vgl. darüber näher: Annal. Palermo VIII (s. oben).

[4]) Übereinstimmend Solazzi, BJDR. 31, 83 (s. oben).

[5]) Dazu: Donatuti, Annali Perugia 33; Bericht Beseler, Sav.Z. 45, 546/7.

— in übertriebener Konsequenz des christlichen dolus-Begriffes [?] — eine angemessene Preisfestsetzung. Daraus erklärt sich auch die Einführung des Prinzips der laesio enormis. Maß- und Quantitätsunterscheidungen (immodicum, modice) lassen immer auf Reformen der Kompilatoren schließen.[1]) Albertarios überzeugende Darlegung stützt sich auf die sicheren Interpolationen in Ulp. II 11 (s. Gai. II 265), Gai. D. 32. 14. 2 (= Gai. II 265) und C. 4. 46. 2 (s. Fr. Vat. 22) sowie auf die Itp.-Nachweise der laesio enormis. Im griechisch-orientalischen Rechtsgebiet erwachsen, wurde das Prinzip des iustum pretium und der iusta aestimatio von Kommentatoren und Kompilatoren immer wieder bei Gelegenheit in die Quellen eingefügt. M. E. dürfte daraus folgen, daß Justinian durch den Maßstab der laesio enormis den schon im nachklass. Recht auftretenden Billigkeitsbegriff des iustum pretium näher zu präzisieren suchte.

Miete.

Calza, G., Le case d'affitto in Roma antica (Nuova Antologia di lettere, sc. ed arti. VI ser., tom. 183 [1916], 151).

Verf. bekämpft die heute allgemeine Auffassung, daß die Wohnungsverhältnisse in Rom ganz anders gewesen wären als heute und daß die insulae lediglich Mietkasernen der niederen Bevölkerung gewesen seien. Zum Beweis seiner auch für den Juristen bemerkenswerten[2]) Behauptungen stellt Calza dem Typ eines röm. Hauses, wie es in Pompeji erhalten ist, den eines antiken Hauses von Ostia gegenüber. Der Typ von Pompeji sei das Vorbild der domus (Villa, Herrschaftshaus), in dem Gebäude von Ostia — das, wie drei Bilder zeigen, auch in Rom üblich war[3]) — sicht er das Vorbild eines Miethauses, insula. Dieses ist ein Ergebnis der sozialen Umschichtung am Ende der Republik und des Anwachsens der städtischen Bevölkerung. In den insulae wohnten nicht nur arme, sondern auch wohlhabende Bürger. Die Wohnungen im 1. und 2. Stock waren gut ausgestattet, ihr Mietzins eine große Einnahmequelle des Kapitalisten. Die insulae sind nach Verf. das Vorbild der heutigen Mietwohnungen.[4]) So erklären sich auch die literarischen Zeugnisse über das römische Mietwesen, die mit dem Typ von Pompeji gar nicht in Einklang zu bringen sind; an Hand dieser Zeugnisse entwirft Verf. ein anschauliches Bild des Wohnungswesens in Rom — viel anders als heute waren die Verhältnisse vor zwei Jahrtausend auch nicht!

---

[1]) s. Albertario, Le valutazioni quantitative nel diritto Giustinianeo e nelle legislazioni moderne (Riv. di dir. comm. 20 I (1922), 629sq.).

[2]) Es ist darnach z. B. nicht mehr möglich, die schlechte Stellung des Mieters einer Wohnung im römischen Recht aus der sozialen Stellung der Mieter („Lumpenpack der insulae" Seckel) zu erklären.

[3]) Rom erhielt sein Gepräge durch die insulae. Denn es hatte in der Kaiserzeit 1790 domus und 44200 insulae.

[4]) Nicht etwa das byzantinische Gebäude.

Costa, E., L'opera di Bartolo nel contratto di locazione (Atti Ist. Veneto 66 [1916/17] 293 [?]).

führt nach einem Bericht in Atti Ist. Veneto 76 (1916/7) ser. IX 1. 1, p. 49 aus, daß Bartolus im Mietrecht römisch-rechtliche Gedanken wieder zur Geltung brachte und den Kontrakt gleichzeitig den neuen Zeitverhältnissen anzupassen versuchte. (Die Abhandlung selbst steht nicht in Bd. 66; ich konnte von hier aus nicht feststellen, wo sie veröffentlicht ist.)

Costa, E., La locazione di cose nel diritto romano. Torino (Bocca) 1915.

Verf. gibt eine systematische Darstellung der Sachmiete in sieben Kapiteln, die die Papyrusquellen und das inschriftliche Material weitgehend berücksichtigt und vor allem als Stoffsammlung wertvolle Dienste leisten kann. Sie enthält auch eine Reihe neuer Gedanken, die Beachtung verdienen, ist aber in der Textkritik sehr zurückhaltend. Im 1. Kap. (l'origine della locazione di cose) wird Mommsens Ansicht, die Miete erkläre sich aus Anwendung verwaltungsrechtlicher Grundsätze (Verpachtung der vectigalia an die Publikanen) auf private Rechtsverhältnisse, abgelehnt, da der römische Staat immer obrigkeitlich das Rechtsverhältnis festgesetzt habe und kein wechselseitiges Pflichtenverhältnis erwachsen sei; die Miete sei vielmehr im Gebiet des Grundstücksrechts erwachsen. Mit der Überführung der ländlichen possessiones in Privateigentum (dominium) — also nach oder infolge der lex agraria — habe sich die Sachmiete als selbständige Rechtsfigur vom precarium losgelöst; denn jetzt erst hätte der Grundstücksbesitzer frei über die Sache bestimmen und sich auch zur Gebrauchsüberlassung auf bestimmte Zeit verpflichten können.[1]) Von den ländlichen Grundstücken habe sich das neue Institut auf insulae erstreckt und sei schließlich auch auf bewegliche Sachen angewandt worden. Diese könnten ursprünglich selten Objekt eines Überlassungsvertrags gewesen sein, da es sonst unverständlich sei, warum das Ädilenedikt nie auf Fehler gemieteter Tiere anwendbar war. Im 2. Kap. (Elementi e caratteristiche della loc. d. c.) interessiert die Frage, ob schon im klass. Recht die merces nur in einer Geldleistung bestand oder ob dies erst die Auffassung der Kompilatoren ist; Costa entscheidet sich für das erstere. Kap. 3 (Obbligazioni del locatore) zeigt, daß auch im Mietrecht Justinian die Haftung mildert. Der Vermieter verliert bei nicht rechtzeitiger Erfüllung nur noch den entsprechenden Mietzins (kein Schadensersatz) und steht bei Eviktion nur wegen mala fides für das Interesse ein. Das 5. Kapitel (l'alienazione della cosa locata in rapporto col conduttore) bringt einen Überblick über die mittelalt. ital. Rechtsfortbildung. Verf. glaubt, daß der Satz „Kauf bricht Miete nicht" auf die ital. Übung, dem Mieter zur Sicherheit das Grund-

[1]) Vgl. zu beiden Fragen die Besprechungen von Maroi (s. unten; in diesem Abschnitt).



stück zu verpfänden, zurückgeht. Im letzten Kap. 7 wird mit Recht die Konstruktion der relocatio tacita den Byzantinern zugeschrieben. Kap. 4 und 6 bringen nichts Beachtliches.

Cugia, St., Profili del tirocinio industriale (Napoli 1921; 113 S.).

Verf. verfolgt die Spuren des Lehrlingswesens, das im mod. Italien noch keine gesetzliche Regelung erhalten hat, im antiken Recht. Begrifflich unterscheidet er zwischen dem Lehrvertrag (rapporto d'insegnamento), bei dem nur der Lehrer durch seinen Unterricht Dienste leistet und dafür eine Bezahlung erhält, und dem Lehrlingsvertrag (rapporto di tirocinio), bei dem sich beiderseits Arbeitsleistungen gegenüberstehen und bald der Meister für die Unterweisung, bald der Lehrling für seine Mithilfe noch eine geldliche Vergütung erhält. Im Altertum traten nur Sklaven und Angehörige der niederen Volksschichten in ein Lehrlingsverhältnis, das heute wie ehedem eine Einrichtung des Handwerks ist [?]. Gekennzeichnet wird es durch den Eintritt des Lehrlings in den Betrieb des Meisters, die Aufnahme in dessen Hausstand und durch das persönliche Abhängigkeitsverhältnis des Lehrlings (raggruppamento, comunione di casa, rapporto di dipendenza). Weist auch das Lehrlingswesen stets diese charakteristischen Züge auf, so ist es doch zu verschiedenen Zeiten rechtlich verschiedenartig erfaßt worden. Aus den griechisch-ägyptischen Papyri entnimmt Verf., daß die *διδασκαλικαὶ συγγραφαί* vornehmlich das Lehrlingsverhältnis freier Personen regeln. Gegen Berger wird ausgeführt, daß man diese Verträge sehr wohl als l. c. operis auffassen könne (P. Oxyr. 724). Immer hat auch der Meister Vorteile aus der Tätigkeit des Lehrlings, ja bisweilen findet sich ein Arbeitsvertrag als Begleiterscheinung eines Darlehens: die Arbeit des Kindes soll die Zinsen des dem Vater gewährten Kredites ersetzen (P. Fir. 44 und Teb. 385). Der Wert der Lehrlingsarbeit — und nicht die Sicherheit für die Bezahlung — ist nach Ansicht des Verf. der Grund, daß der Herr verspricht, den Lehrling beim Meister zu belassen, auch wenn die Ausbildung vor der verabredeten Zeit beendet sein sollte (Pap. Ox. 724); eben deshalb soll sich noch die Ausbildungszeit verlängern, wenn der Lehrling krank oder faul war. Der Lehrling ist Objekt des Vertrages und tritt in rechtliche Anhängigkeit vom Meister; dessen Weisungen hat er zu folgen und ist bisweilen auch zu häuslichen Diensten verpflichtet. Oft wird er ganz in die Familie des Meisters aufgenommen (P. Hib. 148; Fir. 44; Teb. II 384; wohl auch BGU. 1123 *παραμένειν*; Übernachten ist ausgenommen in P. Ox. 724; BGU. 1021); *ἐγδίδοσθαι*[1]) (P. Ox. 275, 725; BGU. 1021, 1124/5) *ἐγγυᾶσθαι, παραμονή* (BGU. 1125; P. Fir. 44; Hib. 148; Ox. 725) bezeichnen diese persönliche Unterwerfung unter die Gewalt des Meisters zu dessen Nutzen (Lewald: „antichretische Dienstknechtschaft"). Im Gegensatz zu den griechisch-ägyptischen Quellen findet man im römischen Recht vor allem Lehrlings-

---

[1]) Bei Ammenverträgen bezeichnet es Hingabe in tatsächliche Gewalt = *ἐγχείρειν*.

verträge für Sklaven; das Lehrlingsverhältnis der Gewaltunterworfenen ist auch rechtlich davon zu trennen. Der Sklavenlehrlingsvertrag wird von Justinian als l. c. operis aufgefaßt (s. D. 17. 1. 26. 8 itp.: sed si . . . rogatus sit; D. 19. 2. 13. 3; als Innominatrealkontrakt: D. 19. 5. 13. 1); dem Lehrmeister wird übermäßige Ausnützung des Lehrlings untersagt (D. 21. 1. 17. 3 und 5: immoderate uti). Das klassische Recht sah den Vertrag als Mandat an oder bediente sich der mancipatio fiduciae causa. Der Lehrlingsvertrag für ein Hauskind wird im klass., nachklass. und justin. Recht ganz verschieden behandelt, was mit der Struktur der Familie und der Bewertung der Persönlichkeit zusammenhängt. Im klassischen Recht gibt es weder ein tradere in disciplinam des f. familias[1]) noch eine locatio eines Gewaltunterworfenen.[2]) Denn die agnatische Familie ist ein politischer Verband — Verf. hält Bonfantes Lehre „fondata su basi granitiche" —, die p. potestas ein öffentlichrechtliches Herrschaftsrecht; daher kann eine Verfügung über den f. fam. in der röm. Familie nur mittels der typischen familienrechtlichen Geschäfte des ius civile erfolgen, nicht aber durch die Geschäfte des ius gentium. Eine locatio des f. fam. war unmöglich; vielmehr mußte die auf dem ius vendendi beruhende mancipatio des Sohnes — ursprünglich ein Mittel, um ihn aus dem Familienverband auszuschließen, wie auch der Staat in dieser Weise den Bürger ausstoßen konnte (Cic. de orat. I 181; D. 50. 7. 18) — im klass. Recht dazu dienen, den Sohn in fremde Dienste und Lehre zu geben (meist durch mancipatio fiduciae causa). So ist auch hier das Lehrlingsverhältnis (in mancipio esse) gekennzeichnet durch den Wert der Arbeit des Lehrlings für den Meister, die Aufnahme in den Hausstand und die persönliche Abhängigkeit. Im nachklassischen Recht trat das vermögensrechtliche Verkaufsrecht der Eltern an Stelle des Rechts des pater fam. zur mancipatio. Jetzt können die Eltern auch mit den Geschäften des ius gentium über ihre Kinder verfügen, wie die Papyri zeigen; die persönliche Abhängigkeit des Kindes von dem Lehrherrn ist schrankenlos, es ist geradezu sein Sklave. Die geänderten Verhältnisse des Dominats machen diese Entwicklung verständlich; gegenüber der erhabenen Majestät des Kaisers sind alle Menschen gleich niedrig, so daß es wenig ausmacht, ob einer civis oder servus ist. Die volkswirtschaftliche Not zwingt die Erzeuger, ihre Kinder zu töten, auszusetzen oder zu verkaufen. Gegen diese Entwicklung schreitet Justinian ein. Wie er nur die Aussetzung und den Verkauf Neugeborener bei dringender Notlage gestattet (C. 4. 43. 2; C. 8. 52. 2; — C. Th. 3. 3. 1; 5. 8. 1), so verbietet er auch, die Kinder und ihre Arbeitskraft zum Gegenstand einer Verpfändung oder Verdingung (locatio i. V. mit mutuum) zu machen (Nov. 134 i. f.). Im übrigen suchen die Byzantiner den Lehrlingsvertrag für Freie dem für Sklaven anzugleichen und als l. c. operis zwischen Vater und Lehrmeister zu verstehen. Die Gewalt des Meisters

---

[1]) D. 45. 1. 132 itp. stipulatio [utilis] ⟨inutilis⟩?; factum sit ⟨non⟩; [dici stipulationem].

[2]) D. 37. 15. 10 u. D. 37. 12. 4; Paul. sent. V 1. 1 vollst. unecht.

wird zu einem bloßen Disziplinarrecht abgeschwächt (levis oder modica castigatio) (D. 9. 2. 5. 3; D. 7. 1. 23. 1; D. 48. 19. 16. 2), wie es im Mittelalter in der Schrift des Biagio da Morcone bezeugt und heute im Deutschen BGB. gewährt ist.

Longo, C., Corso di diritto romano: la locatio-conductio (Pavia 1920/1)

ist mir nicht zugänglich. Nach der Besprechung von Albertario (Arch. giur. 86, 1921, 249) handelt es sich um den Druck einer Vorlesung. Behandelt sind l. c. rei, operarum und operis. Longo führt sie alle auf einen gemeinsamen Begriff der locatio zurück. Gegen Ferrini bestreitet er[1]), daß erst die Byzantiner verlangt hätten, daß die merces in Geld bestehe. Gegen Windscheid und Perozzi wird die Möglichkeit der Miete eigener Sache für das klassische Recht verteidigt.[2]) Heftig werde Perozzis Behauptung bekämpft, daß die Klassiker zur Begründung der Sachmiete Übergabe der Sache verlangt hätten und erst Justinian den consensus habe genügen lassen. Justinian wird die Regelung des Aufwandersatzes des Mieters auf die Mietsache zugeschrieben; er habe einfach die Vorschriften über die Ansprüche des Besitzers bei rei vindicatio und hered. petitio auf die Ansprüche des Mieters erstreckt (D. 19. 2. 19. 4 [et verius — reddat] itp.). Die Klassiker hätten die Regeln der negotiorum gestio angewandt.

Maroi, F., La locazione di cose nel diritto romano (Riv. it. di sociol. 20 [1916], 201).

Eine Besprechung des Buches gleichen Titels von Costa [s. oben], die sich vor allem[3]) mit Costas Ausführungen über die Entstehung der Miete beschäftigt. Maroi stimmt Verf. darin zu, daß die Miete sich im Grundstücksrecht entwickelte, bestreitet aber, daß sie aus dem precarium hervorgegangen sei. Denn das precarium sei nie obligatorischer Vertrag gewesen und, obschon rechtlich frei widerruflich, doch tatsächlich vererblich. Die Miete dagegen ist gegenseitiges Vertrauensverhältnis, rein persönliche obligatorische Bindung, ursprünglich unvererblich. Maroi vermutet, daß die Miete nach dem Verfall der Klientel aus Vereinbarung mit Leuten, die der Gentilgemeinschaft nicht angehörten, entstanden sei. Als die Klienten immer unabhängiger wurden, Stimmrecht erhielten, Länder zu eigen erwarben und in den Zensus eingereiht wurden, mußten die Patrizier, deren Landbesitzungen immer größer wurden, Teile der Grundstücke an Fremde zur Nutzung gegen Entgelt abgeben; daraus erkläre sich denn auch die soziale und wirtschaftliche Abhängigkeit des Mieters (s. auch die folgende Besprechung).

---

[1]) Ebenso Costa (s. oben).

[2]) Auch hier stimmen Longo und Costa (Kap. II) überein.

[3]) Note 2 (S. 6 des S.-A.) bringt eine ausführliche Übersicht des griech. und röm. Inschriftenmaterials über die Miete.

Maroi, F., La proprietà sacra nel diritto ellenico e l'origine della locazione di cosa (Riv. ital. di sociol. XIX; nicht Riv. di filos. e istr. class.).

Verf. gibt eine Inhaltsübersicht des Werkes „Les maisons sacrées de Delos au temps de l'indépendance de l'île 315—166/5 a. I.-C." (Paris 1914) von S. Molinier. Die griechischen Heiligtümer hatten eigenes Vermögen, das teils Verwaltungs-, teils Finanzvermögen war. Zu letzterem werbenden Vermögen gehörten auch die Gebäude, die der Gottheit geschenkt oder von ihr durch Konfiskation oder Zwangsvollstreckung erworben worden waren. Diese wurden von den Priestern zu Wohn-, Fabrik- oder Handelszwecken vermietet. Aus den hierbei geltenden, von Molinier aus dem Urkundenmaterial entwickelten Grundsätzen entnimmt Maroi indirekt einen Beweis für Costas Ablehnung der Mommsenschen Lehre über die Entstehung der Miete: die Privatmiete kann nicht nach dem Vorbild öffentlich-rechtlicher Mietsverträge entwickelt worden sein, denn sie unterscheidet sich von ihr grundlegend. Die öffentliche Miete ist aus dem öffentlich-rechtlichen precarium hervorgegangen: bis 376 hat — so vermutet Maroi — das Heiligtum von Delos die Gebäude ohne Gegenleistung, also prekaristisch, überlassen[1]) und erst seitdem Zins genommen. Daraus erkläre sich die soziale Unterordnung des Mieters, wie sie für Delos bezeugt ist. Ferner: die öffentlich-rechtliche Vermietung war auf 5 Jahre festgesetzt und das wurde streng eingehalten; für die Privatmiete war dagegen auch in Griechenland die Parteivereinbarung über die Mietzeit maßgebend. Endlich ist die öffentlich-rechtliche Miete der *οἰκίαι ἱεραί* in Delos vererblich; in Griechenland aber wie ursprünglich in Rom hat die Privatmiete höchstpersönlichen Charakter.

Palazzo, G. A., La lex Rhodia de iactu nel diritto romano. Parma 1919; 89 Seiten.

Es handelt sich um eine Doktorarbeit aus dem Jahr 1903, die erst 1919 zum Druck gelangte. Sie wurde damals von der Prüfungskommission sehr günstig beurteilt und vom Standpunkt der Pandektenwissenschaft kann man diesem Lob wohl auch zustimmen. Für die historisch-kritische Erforschung des römischen Rechts bedeutete die Arbeit jedoch keinen Fortschritt und vermag neben Krellers vortrefflicher Abhandlung nicht zu bestehen. Die Quellenstellen werden ohne Prüfung ihrer Echtheit erläutert; mit Geschick versucht Verf., die verschiedenen Unebenheiten und Widersprüche zu erklären und alles harmonisch unter einheitliche Gesichtspunkte zu bringen. Verf. glaubt, daß das Prinzip der lex Rhodia schon am Ende der Republik ins römische ius gentium aufgenommen und durch die Arbeit der Jurisprudenz unter die Rechtssätze über die l. c. eingereiht wurde.

---

[1]) Soviel ich sehe, stimmt das nicht mit Moliniers Ansicht überein, der — nach Maroi — erwähnt, daß die Häuser, die 376 vermietet wurden, 377 infolge zahlreicher Konfiskationen gegen verurteilte Verbrecher erst erworben wurden.

Valeri, G., Osservazioni critiche sul concetto di „trasporto" nel diritto privato (Riv. dir. comm. 18 [1920] I., 465/89).

Die Abhandlung ist methodisch interessant.[1]) Verf. sucht die engen Beziehungen zwischen Wirtschaft und Recht zur Klärung juristischer Probleme zu benutzen. Am Beispiel des Transportes wird gezeigt, daß dasselbe wirtschaftliche Bedürfnis unter verschieden gestalteten wirtschaftlichen Verhältnissen auch juristisch in verschiedenartigen Formen befriedigt wird. Dabei wird auch das römische Rechtsleben zur Erläuterung herangezogen. So soll es für die hauswirtschaftlichen Verhältnisse bezeichnend sein, daß zu den res mancipi neben den ländlichen Last- und Zugtieren auch die ländlichen Wegservituten gehörten, die beim Mangel ordentlicher öffentlicher Straßen zum Transport der Ernte und Ackergeräte notwendig waren. Im Mittelalter seien mangels geeigneter Beförderungsmittel auf dem Landweg Handel und Seefahrt so eng verflochten gewesen, daß das Schiff ein besonders wertvolles Gut wurde und deshalb, den Grundstücken gleichgeachtet, eine ihnen ähnliche juristische Regelung erhielt. Der Frachtvertrag sei im römischen Recht l. c. rei gewesen, da der Verfrachter das Schiff selbst mietete, den Transport selbst oder durch seinen Angestellten begleitete und die Fahrt des Schiffes bestimmte (D. 14. 1. 1. 15 und D. 14. 2. 10. 2). Erst im modernen Recht bereite die Frage Schwierigkeit, ob der Transportvertrag Sachmiete, Dienst- oder Werkvertrag sei, da jetzt nicht mehr das Schiff als Mittel zum Transport gemietet werde, sondern die Leistung des Transportes selbst Inhalt des Vertrages sei.

Auftrag.

Bortolucci, G., Il mandato di credito (BJDR. 27, 129sq.; 28, 191sq.].

Eine eingehende dogmatische Darstellung des Kreditauftrags nach klassischem Recht (Kap. II § 8) und seiner Annäherung an die Bürgschaft im nachklassischen Recht und durch Justinian.[2]) Die gemeinrechtlichen Streitfragen sind weitgehend berücksichtigt (s. insbes. Kap. I §§ 3/4, II §§ 6/7, III), die Quellen in breiter (aber oft sehr konservativer) Exegese behandelt.[3]) Für das klassische Recht ist Gaius III 155/6 grundlegend. Wie erklärt sich der Streit der Juristen? Wollten die Sabinianer das Kreditmandat als mandatum tua gratia ansehen, hielten sie es kraft besonderen Garantieversprechens für wirksam und wie war es vom gewöhnlichen Mandat zu unterscheiden? Verf. löst die Frage dahin: die Prokuleianer hätten die Meinung verfochten, daß, wenn das Geschäft,

---

[1]) Ich muß aber gestehen, daß ich aus ihr irgend etwas Wesentliches zur Klärung juristisch-dogmatischer oder historischer Probleme nicht zu erkennen vermochte.

[2]) Für diese Angleichung ist m. E. dem Verf. der Nachweis gelungen, und darin sehe ich den Hauptwert der Arbeit.

[3]) Der Gang der Untersuchung wird durch die breite Darstellung gestört; sie ist auch für die heutige Betrachtung des römischen Rechts nicht erforderlich.

das den Gegenstand des Auftrags bildete, zu den Vermögensangelegenheiten des Mandatars gehöre, dies das Mandat zum m. tua gratia mache, so daß es nichtig sei. Die Sabinianer dagegen, deren Ansicht siegreich blieb, hielten den Kreditauftrag für gültig, zwar nicht, weil sie auf den internen Willen des Beauftragten abhoben, sondern weil und wenn das Geschäft, das Gegenstand des Auftrags war, seiner Natur nach ein solches war, das dem Beauftragten bei der Ausführung typischerweise das Risiko einer Vermögensschädigung brachte. Eben deshalb sei das Mandat nicht tua, sondern aliena gratia[1]) erfolgt, wofür als Beleg besonders auf D. 17. 1. 2. 5 abgehoben wird [aber echt ?]. Daher sei der Kreditauftrag nach klassischem Recht echtes Mandat; alle Besonderheiten, um derentwillen man ihm die Mandatsnatur absprechen wollte, erklärten sich daraus, daß der Mandatar eben Gläubiger des Dritten wird (daher hat er selbst. Klage, kann sich Zinsen versprechen lassen und ist nicht zur Rechenschaftslegung verpflichtet). Der Mandant hat die a° mandati directa, insbesondere zur Geltendmachung der cessio actionum, der Mandatar die actio mandati contraria[2]), die auf selbständiger Grundlage beruhe und den Aufwand sowie jeden Schaden, den der Mandatar bei der Ausführung des Auftrages erlitt, geltend mache. Die Verpflichtung des Mandanten war im klassischen Recht der Schuld des debitor weder akzessorisch noch subsidiär[3]); Bürgschaft und Kreditauftrag waren juristisch scharf geschieden. Erst im nachklassischen Recht bereitete sich ihre Annäherung vor[4]) und Justinian hat die Ausgleichung beider Institute durchgeführt. Daher wird von den Kompilatoren in Stellen der Digesten und des Codex oft der fideiussio ein Hinweis auf das Kreditmandat angefügt (D. 17. 1. 32 et in summa — mandet; D. 17. 1. 60. 1: non ist zwischen Seio und promisit gestrichen, palam — summovendus est hinzugefügt; D. 46. 1. 71 pr. sicut — et[5]); C. 8. 40. 19; 8. 40. 4 und 10;

---

[1]) Der Widerspruch zwischen D. 17. 1. 48. 2 und eod. 6. 4 ist dahin zu lösen, daß 6. 4 itp. ist. Auch Celsus folgte der Ansicht der Proculeianer und erklärte das Kreditmandat als mandatum tua gratia für nichtig. Die Kompilatoren aber folgten der Auffassung der Sabinianer und ließen deshalb das Kreditmandat wirksam sein; nur dann sollte es nichtig sein, wenn der Dritte oder das Objekt des Auftrages unbestimmt waren.

[2]) Mit beiden Behauptungen begegnet Verf. der Ansicht von Partsch und verwirft: 1. dessen Auffassung des indicium contrarium und 2. dessen Ansicht, daß der Auftraggeber beim Kreditmandat nur ein Zurückbehaltungsrecht zwecks Klagabtretung, aber keinen selbständigen Anspruch auf cessio actionum gehabt hätte. Hierfür sieht Verf. den sichersten Beweis in D. 46. 1. 41. 1, wo nach der Verurteilung der Beklagte noch die Zession der Klage gegen die Mitauftraggeber verlangt. Diese Entscheidung ist indessen der Itp. verdächtig (Bes. IV 275).

[3]) Verf. glaubt, daß sogar vor Fälligkeit des Darlehens der Mandatar Ersatz der Darlehenssumme gegen cessio actionis verlangen könne.

[4]) Zeugnisse: Syr.-röm. Rechtsbuch Lond. § 101, Arm. § 135; P. Oxyr. III 508 (Gradenwitz, Sav.Z. 27, 336), wo sich Stefanos wie ein Bürge durch Homologie verpflichtet (er ist nicht eine Art adstipulator fiduciae causa); P. Fir. III 384, in dem zwischen ἐγγυητής und mandator gar nicht mehr unterschieden wird.

[5]) Die Stelle kann durch bloße Satzverstellung nicht wieder hergestellt

8. 13. 8; C. 4. 65. 30). Aus dem im klass. R. selbständigen Kreditmandat wird eine akzessorische Verpflichtung. Deshalb hat der Mandant auch die Einreden des Schuldners (des Dritten): D. 14. 6. 9. 3 (vel mandatori) C. 4. 30. 12 (tam mandatori quam). Das beneficium divisionis der Bürgschaft wird auf die mandatores des Kreditmandats erstreckt; die Gewährung des beneficium wird Hadrian angedichtet (C. 4. 18. 3: mandatores et) und in D. 27. 7. 7 an eine Papinianstelle angehängt (nam . . . excludit).[1]) Am stärksten wird der akzessorische Charakter des Kreditauftrages durch Nov. 4 hervorgehoben, die auch dem Mandanten das beneficium excussionis gewährt. Damit blieb vom Mandat nur noch der Name.

Pacchioni, G., Della gestione per mandato d'altri (Riv. dir. comm. 18 [1920] I 234/41)

verteidigt seine Ansicht (Riv. dir. comm. 1914 I 1001), daß die a° negotiorum gestorum dem dominus bald gegen den Beauftragten, bald gegen den Auftraggeber zustand, je nachdem der Beauftragte nur Werkzeug des Auftraggebers war oder der Auftrag für ihn die Veranlassung zu selbständiger gestio wurde. Die a° neg. gest. contraria sei dem gestor gewährt worden, wenn er sich nicht als Beauftragten, sondern als gestor betrachtet habe (animus negotia aliena gerendi). Das justin. Recht habe nur darin eine Änderung gebracht, daß der dominus auch dann gegen den Beauftragten die a° neg. gest. subsidiär gehabt habe, wenn der Auftraggeber der wahre gestor gewesen sei. Partschs Annahme, daß das Edikt die Worte „sine mandatu" enthalten habe und die Byzantiner die klass. a° utilis gegen den gestor gestrichen hätten, wird abgelehnt; sie entbehre der dogmatischen Begründung. D. 3. 5. 46 spreche sogar gegen Partsch, da es zwecklos gewesen sei, utilis zu streichen, wenn doch die direkte und die a° utilis gleichgestellt werden sollte [!]. Das Basilikenscholion des Thalelaeus beweise nichts; denn der Streit, ob der beauftragte gestor dem dominus negotii hafte, hätte bei den Klassikern gar nicht entstehen können, wenn das Edikt den Zusatz „sine mandatu" enthalten habe.[2])[3])

Nebenverträge.

Manenti, C., Pacta conventa (Studi senesi 31 [1915] 203—256).

Schon im Jahre 1891 hatte Manenti in seiner Abhandlung „Contributo critico alla teoria generale dei pacta secondo il diritto romano" (Studi senesi VII 85, VIII 1) einen kühnen Vorstoß gegen die h. L. unternommen, die pactum schlechthin als allgemeinen Vertragsbegriff

---

werden; et quidem unus debitor fuisset — sed cum duo rei promittendi sint — heres exstitit paßt gar nicht zum Tatbestand.

[1]) S. dagegen Levy, Konkurrenz I 200 ff. (und früher Sponsio 153).

[2]) Vgl. gegen Pacchionis Unterscheidung und insbesondere gegen seine Angriffe auf Partsch Solazzi, sulla gestione per conto d'altri (s. unten).

[3]) Besprechung der Arbeit durch Longo, Riv. dir. civ. 13, 200; mir nicht zugänglich.

ansah. Seine Ausführungen hatte Ferrini „sulle teorie generali dei pacta“ (Filangieri 1892, 65 ff.) entschieden abgelehnt.[1]) In vorliegender Arbeit, die infolge des Krieges nur als Studie veröffentlicht werden konnte und deren nähere Ausführung Verf. sich vorbehalten mußte, kommt Verf. auf seinen jugendlichen Versuch zurück, den er nur in einem — mehr äußerlichen — Punkt berichtigt. Erneut lehrt Manenti: der Prätor kann im Edikt von pactum nicht im Sinn einer allgemeinen Vereinbarung gesprochen haben — denn dann hätte die Ankündigung: pacta conventa servabo das ganze Zivilrecht revolutionieren müssen —, sondern er kann damit nur solche Vereinbarungen bezeichnet haben, die die Parteien abgeschlossen haben, um die actio des Klägers abzuschwächen oder ganz aufzuheben (pactum de non petendo, Klagverzicht). Das konnten die Parteien kraft ihrer Dispositionsfähigkeit über den Prozeßstoff, die der Prätor berücksichtigen mußte — um so mehr, als schon nach altem 12-Tafelrecht derartige pactiones anerkannt waren (= Friedensvereinbarungen, Sühneverträge). Die einzige und normale Wirkung des pactum ist die exceptio pacti conventi. Nur in diesem Sinne konnte dem Prätor seine Aufgabe, über seine iurisdictio zu edizieren, Veranlassung bieten, die Beachtung der pacta zu versprechen, und nur so ist die Stellung des 4. Titels im Ediktssystem verständlich; nur daraus folgt zwingend, daß die exceptio pacti lediglich zwischen den Parteien, die die Vereinbarung trafen, persönlich wirksam war, nicht aber unter ihren Rechtsnachfolgern. Ist das richtig, so konnte pacta conventa kein pleonastischer Doppelname sein, wie Ferrini will, sondern conventa war abhängiges Adjektiv und die Ediktsrubrik mußte de pactis conventis (oder einfach de pactis) lauten. Von pacta im Sinne von Vereinbarungen schlechthin konnte der Prätor unmöglich sprechen und deshalb kann die Titelüberschrift weder „de pactis et conventis“ (so früher Manenti), noch „de pactis et conventionibus“ (so Lenel und h. L.) gelautet haben. Erst in der späteren Entwicklung der Rechtslehre hat pactum seine ursprüngliche Bedeutung immer mehr verloren und ist auch auf Vereinbarungen zugunsten des Klägers ausgedehnt worden; jedoch noch die Byzantiner haben pactum und conventio voneinander unterschieden. Verf. glaubt sich verschiedentlich gerade auf Ausführungen seiner Gegner (Ferrini, Lenel) stützen zu können und findet seine Behauptungen unbewußt von Späteren ebenfalls vertreten (Karlowa, Rotondi, Bonfante — s. die ausführliche Note des Verf. S. 248 ff.); mit dem engen techn. Begriff pactum sucht er eine Reihe bisher unsicherer Texte klarzustellen (s. S. 244 N. 1).[2]) Die erneut leb-

---

[1]) Verf. erwähnt, auch Lenel habe dieser Ablehnung zugestimmt (s. auch Edikt, 2. Aufl., Titel IV § 10, S. 165 N. 5).

[2]) Aus der neueren Lit. vgl. Bonfante, Istit. (7°) § 168 S. 493 N. 2 und Riv. di dir. comm. 18 I S. 359; er stimmt den Ausführungen über das Edikt zu, beharrt aber darauf, daß als allgem. Ausdruck pactum = conventio gewesen sei; G. Paturini, Pacta et conventa 1917 (zu der ersten Schrift); Koschaker, Hanausekfestgabe (1925) S. 155 N. 5 im wesentlichen zustimmend. Er erklärt conventum: Der Prätor habe versprochen, auch dem bloß

haft vorgetragene und vertiefte Lehre des Verf., dessen Schrift im Jahre 1891 eine kühne Tat war und dafür doch zu wenig Beachtung fand, verdient m. E. auch heute besondere Berücksichtigung, zumal für so umstrittene Fragen wie die der klassischen und byzantinischen Bedeutung von contractus, conventus und pacta. Hoffentlich bringt Verf. auch die nähere Begründung seiner Ausführungen; denn die bis jetzt vorgebrachten Beweise sind nicht immer glücklich (so z. B. die Versteifung auf die Behauptung pacta et conventa sei immer unecht; die zu wenig kritische Bewertung der stark itp. Stellen des Titels D. 2. 14; so sind D. 2. 14. 1. 2, auf das Verf. S. 223 sehr abhebt, D. 2. 14. 1 pr. [S. 228], D. 2. 14. 7. 4/5 [S. 228 ff.] sicher unecht, so daß daraus andere Schlüsse gezogen werden müssen). M. E. hat Verf. darin richtig gesehen, daß das prätorische Edikt die Wendung pactum conventum nur in engem technischen Sinn (de non petendo) verstand und die Rubrik nicht de pactis et conventionibus gelautet haben kann.[1])

Geschäftsführung ohne Auftrag.

Bortolucci, G., Ratihabitio mandato comparatur. Modena 1916.

Damit die Regel r. m. c. einen Sinn hat, muß sie irgendwelche praktische Wirkung hervorbringen: entweder muß sie die gestio in ein Mandat verwandeln oder wenigstens ermöglichen, daß die Verpflichtungen die aus genehmigter Geschäftsführung entstehen, mit a° mandati geltend gemacht werden können. Indessen: die nachträgliche Genehmigung schon erfolgter gestio kann diese nicht zum Auftrag machen, da solche Regel dem Prinzip widersprechen würde, daß die Erteilung des Mandats der Ausführung vorausgehen muß. Die Ersetzung der Klagen aus der neg. gestio aber durch die a^{ones} mandati ist undenkbar; denn das würde bedeuten, daß die Genehmigung an Stelle nicht infamierender infamierende actiones einführen würde.

Die römischen Juristen haben denn auch diese Regel nicht aufgestellt; vielmehr handelt es sich um eine Verallgemeinerung der Kompilatoren. Die klass. Juristen, insbesondere Sabinus, haben in Einzelfällen der Genehmigung besondere Rechtswirkungen beigemessen, aber auch in diesen Fällen nur vom Augenblick der Genehmigung ab, nicht rückwirkend, wie Justinian will (itp. D. 5. 1. 56 retro; 43. 16. 1. 14 qui — comparant und et hoc — comparari; D. 46. 3. 12. 4 rati — comparatur; D. 50. 17. 60 quis ist zu streichen; statt mandati actione ist zu lesen a^{one} neg. gestorum).

---

vereinbarten, nicht bloß dem von realer Leistung begleiteten zivilrechtlich anerkannten pactum Beachtung zu schenken.

[1]) Daß die Rubrik de pactis (nicht de pactis conventis) lautete, ergibt sich daraus, daß in Codd. Hermog. und Gregor. die Rubrik „de pactis et transactionibus" lautet und daß die Rubrica D. 2. 14 „de pactis" heißt; eben mit Bezug darauf beginnen die Byzantiner in D. 2. 14. 1 pr. mit „huius edicti (!) aequitas naturalis est".

Brini, G., Quasi contratti storici e quasicontratto teorico del diritto romano (Rend. Ist. Bologna ser. II 2 [1918] 21) enthält bloß die Mitteilung des Themas (keine Inhaltsangabe, auch keine Disposition).

De Francisci, P., La misura delle spese ripetibili coll' azione funeraria (Rend. Ist. Lombar. 48 [1915] 293—307).

Zwei Fragen sind zu beantworten: 1. Was ist überhaupt unter die sumptus funeris causa zu rechnen und 2. wieweit kann Ersatz dieser sumptus verlangt werden.

ad 1. Sumptus funeris ist jeder Aufwand, der durch oder anläßlich der Bestattung erfolgte; nicht bloß die Ausgaben für das Leichenbegängnis, sondern auch für den Erwerb der Grabstätte. Ob auch das Grabmal zu dem Bestattungsaufwand zu rechnen sei, war bei den Klassikern bestritten (D. 11. 7. 14. 4 und 37 pr. eod. — D. 35. 2. 1. 19); die Byzantiner bejahten die Frage, falls ein Grabmal für die Erhaltung der Grabstätte notwendig ist (D. 11. 7. 37. 1); die ornamenta gehörten nicht zu den sumptus (D. 11. 7. 14. 5).

ad 2. Nach klassischem Recht war der volle Aufwand zu ersetzen, wenn er den letztwilligen Bestimmungen des Verstorbenen entsprach; andernfalls war es officium iudicis, das Maß des Ersatzes ex aequo et bono zu ermitteln. Das justin. Recht dagegen suchte selbst Grundsätze für das „aequum et bonum" aufzustellen und entschied den Interesseausgleich dahin, daß es auf die facultates des Verstorbenen ankomme, also außergewöhnliche Aufwendungen nicht zu ersetzen sind (D. 11. 7. 14. 6 völlig überarbeitet) — selbst dann nicht, wenn sie der Verstorbene angeordnet hatte: ineptae voluntates (D. 30. 113. 5). Umgekehrt wird aber jeder Ersatzanspruch zur Strafe auch dann versagt, wenn der Aufwand so gering war, daß er eine Schande für den reichen Verstorbenen war (D. 11. 7. 14. 10).

De Francisci, P., La legittimazione attiva nell'azione funeraria (Filangieri 1915, 14/38).

Die Aktivlegitimation erfordert ein objektives und ein subjektives Moment; objektiv muß wirklich für die Bestattung eines cadaver alienum ein Aufwand erfolgt sein, subjektiv ist eine bestimmte Willensrichtung erforderlich, die im klass. und byzant. Recht ganz verschieden zu beurteilen ist. Im klass. Recht ist die Bestattung eines corpus alienum die Erledigung einer Angelegenheit des Toten. Um Ersatz dafür zu erlangen, genügt das Bewußtsein, ein fremdes Begräbnis ohne Rechtspflicht durchzuführen. Nur wenn das Begräbnis pietatis causa vorgenommen wird — d. h. auf Grund eines besonderen Pietätsverhältnisses gegenüber bestimmten Personen —, kann kein Ersatz verlangt werden. In der Bestattung pietatis causa liegt deshalb noch keine Führung erbschaftlicher Geschäfte und daher wird sich der heres necessarius die pietas durch testatio bestätigen lassen, um das ius abstinendi nicht zu verlieren. Anders ist die Auffassung der Kompilatoren: die Bestattung

des fremden Leichnams ist hier Geschäftsführung für den Erben, der neg. gestio verwandt. pietas ist jetzt eine allen Menschen gegenüber zu betätigende Gesinnung, die in der Bestattung eines Toten immer zum Ausdruck kommt. Daher muß die Entscheidung für die Frage des Ersatzanspruches des Bestattenden aus seiner Willensrichtung gefunden werden: er muß die Absicht gehabt haben, das fremde Geschäft gegen Entschädigung zu führen. Die testatio bezeugt jetzt gerade das Vorhandensein der Ersatzabsicht (D. 11. 7. 14. 7 igitur aestimandum — fin. ist nachklassische Überarbeitung). **A. A. Vázny**, Annali Palermo VIII 481 ff.

Anhang: Intorno al concetto di pietas (im Anschluß an H. Krüger, SavZt. 19, 6 ff.).

Im klass. Recht ist pietas ein objektives Pflichtverhältnis (officium) der Ehrfurcht gegenüber bestimmten Personen (Eltern, Verwandten), in übertragenem Sinn auch gegenüber dem Staat und den Göttern sowie die diesem officium entsprechende Gesinnung selbst. Unter christlichem Einfluß gewinnt pietas in byzantinischer Zeit die Bedeutung der christlichen Gesinnung der Frömmigkeit gegenüber allen Menschen, und dann der Mildtätigkeit und Barmherzigkeit, ja geradezu der Anständigkeit (aequitas).

De Francisci, P., La legittimazione passiva nell'azione funeraria (Ann. Perugia 32, 1920, 277/325).[1])

Verf. untersucht, wer als Beklagter unter den Ediktsworten „ad quem ea res pertinet" zu verstehen ist. Da Ulpian, Paulus und die Digesten den Titel „de religiosis et de funeribus" in anderem Zusammenhang behandeln als Gaius, folgert Verf., daß die Anordnung des von Gaius kommentierten Provinzialedikts eine andere war als die des julianischen Edikts, aber auf Paulus' und Ulpians Bearbeitung deren Verschmelzung zurückzuführen sei. Der Beklagte der a° funeraria bestimmt sich nach altröm. Auffassung im Zusammenhang mit der Erbfolge gemäß der Struktur der röm. Familie.[2]) Folglich hatten die Last der Bestattung zu tragen: der vom Erblasser Bestimmte, der Erbe, der bonorum possessor; bei Sklaven der dominus, bei f. fam. der p. f. In späterer Zeit aber haben die Juristen die Bestattungslast als ein aes alienum des Vermögens des Verstorbenen betrachtet; daraus erklärt sich insbesondere, daß die Lasten der Bestattung der Ehefrau die dos zu tragen hat und daher derjenige mit der a° funeraria haftet, an den die dos fällt (Paul. sent. 1. 21. 11; D. 11. 7. 18).

---

[1]) s. Beseler, Sav.Z. 44, 390.

[2]) Leists Ansicht, daß die Blutsverwandten bis zu den sobrini die wasten zu tragen haben, wird bekämpft. Denn die Trauerpflicht dieser Verwandten, seine Hauptstütze, ist erst von Justinian (Erstreckung der Pflicht auf die collaterales) eingeführt worden.

Pacchioni, G., Di alcune probabili interpolazioni nel titolo de negotiis gestis (Studi in onore di G. P. Chironi 1915, I, 211 ff.).

Wie Albertario hält auch Verf. D. 3. 5. 3. 4 und C. 2. 18. 2 für itp. D. 3. 5. 3. 4. hält er nur pupillus sane si negotia gesserit, conveniri potest für echt; C. 2. 18. 2 streicht er „in quantum locupletiores facti sunt", weil die Byzantiner fanden, der Dritte hätte zunächst für ein Eingreifen des tutor sorgen sollen. Im Gegensatz aber zu Albertario hält P. daran fest, daß in der Tat schon Antoninus Pius in einem Reskript die Bereicherungsklage gegen den Mündel gab, der sine tutoris auctoritate kontrahierte. Das sei von den Kompilatoren auf jede gestio erstreckt worden. Dabei habe der Gedanke mitgespielt, daß die neg. gestio ein Quasikontrakt sei. Wie der pupillus auf die Bereicherung hafte, wenn er sine auctoritate Kontrakte abschloß, so auch, wenn er ohne Machtwort des tutor ein quasikontraktliches Verhältnis eingegangen sei.[1])

Riccobono, G., La gestione degli affari altrui e l'azione di arrichimento nel diritto moderno (Riv. dir. comm. 15 [1917] I 369).

An der Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung sucht Verf. darzulegen, wie die verschiedenen Theorien über diese Institute sich aus den gegensätzlichen Anschauungen erklären lassen, die im corpus iuris nur notdürftig überbrückt noch enthalten sind, und wie die Aufdeckung der geschichtlichen Zusammenhänge die modernrechtliche Dogmatik vor Irrungen bewahren kann. Er verficht eine klare Scheidung zwischen neg. gestio und ungerechtf. Bereicherung. Die neg. gestio sei ein Quasikontrakt[2]) und als solcher nur erfaßbar aus dem animus aliena negotia gerendi des Geschäftsführers und dem Willen des dominus, daß die Geschäfte für ihn erledigt werden (subjektive utilitas); die Voraussetzungen der neg. gestio müssen daher streng ausgelegt werden. Daneben aber ist als allgemeines Prinzip anzuerkennen, daß niemand sich zum Schaden eines andern bereichern darf. Dieses Prinzip entspricht der Billigkeit; es hat zur Voraussetzung, daß eine Partei auf Kosten eines andern einen Vermögensvorteil erlangt hat. Dementsprechend findet die gesetzgeberische Lösung des BGB. Riccobonos Beifall. In der französischen und italienischen Literatur und Praxis werden aber beide Institute immer wieder verwechselt, ja die codes enthalten überhaupt keine allgemeine Regelung der Lehre

---

[1]) Verf. wendet sich nebenbei auch kurz gegen Peters' Digestentheorie. Aber den schweren Fehler, den Pacchioni ihm unterstellt (daß er nämlich den Theophilos vor dem 16. XI. 534 sterben und trotzdem Justin. Digesten kommentieren lasse — übrigens spricht Pacch. versehentlich von Dorotheus —), begeht Peters nicht, da er ja behauptet, Theophilos habe den „predigesto" kommentiert. (Berichte der Gesellsch. d. Wiss. zu Leipzig 65 (1913), 48 ff.).

[2]) Gegen den justin. Quasikontrakt und gegen die Ausdehnung der neg. gestio: Frese, Procuratur u. neg. gestio (Mél. Cornil I) mit Hinweis auf das englische Recht.

von der unger. Bereicherung. Die Auffassung der romanischen Rechte erklärt sich aus der geschichtlichen Entwicklung. Das klassische Recht kannte das Prinzip des Ausgleichs einer Bereicherung nicht; erst Justinian geht von dem Grundsatz aus: nemo ex aliena iactura locupletari debet. Aber die Kompilatoren haben kein allgemeines einheitliches Rechtsinstitut geschaffen; sie gewähren nur eine Reihe von Klagen zur Wiederherstellung des Gleichgewichts, die alle dasselbe Ziel verfolgen und wahlweise nebeneinander zur Verfügung stehen: a^{ones} neg. gest., a^{0} de in rem verso, condictiones sine causa. Diese Rechtsbehelfe sind aber nicht etwa durch eine völlige Neu- oder Umbildung des Rechts durch die Kompilatoren geschaffen worden, sondern auch hier stellt das justin. Recht nur die Synthese zwischen klassischem ius civile und ius praetorium dar; Justinian hat die prätorischen Rechtsbehelfe ins ius civile übernommen und weiterentwickelt. Das ius civile kannte nur actiones mit fest bestimmten, in den Formeln unabänderlich gegebenen Voraussetzungen; wo diese Voraussetzungen fehlten und dennoch ein schutzwürdiges Interesse vorlag, half der Prätor mit a^{ones} utiles oder in factum. Das klassische Recht kannte einige (zivilrechtliche und insbesondere prätorische) Rechtsbehelfe, um die Restitution ungerechtfertigter Vermögensvorteile in Einzelfällen durchzusetzen. Die condictio war niemals eine Bereicherungsklage; sie hatte stets ein negotium zwischen den Parteien zur Voraussetzung. Nur wo ein Vermögensvorteil durch iniuria erlangt war, kam eine Restitution in Frage. Aber gerade von diesem Erfordernis sah Justinian ab; ihm erscheint jeder Vermögensvorteil, den eine Partei zum Schaden eines andern erlangt, schon an sich unzulässig und unrechtmäßig. Mit dieser Gegensätzlichkeit der Auffassungen hängt es zusammen, wenn im gemeinen Recht der Gedanke auftauchen konnte, die Bereicherungsklage sei nur gegeben, wenn und weil der Vermögensvorteil zu Unrecht (ex iniusta causa) erlangt sei (Windscheid). Aber der Gedanke des Ausgleichs einer erlangten Bereicherung beruht auf justin. Recht und hat von da aus Eingang in die moderne Dogmatik gefunden. Deshalb kann die Grundlage des Bereicherungsanspruchs auch nur die justin. aequitas sein und deshalb muß, wenn auch die romanischen Gesetze keine allgemeinen Normen über die unger. Bereicherung enthalten, die Bereicherungsklage in ihrer justin. Bedeutung als allgemeiner Billigkeitsanspruch auch dem modernen italienischen und französischen Recht angehören — streng geschieden von dem Quasikontrakt der negotiorum gestio.

Die a^{ones} neg. gestorum des klassischen Rechts[1]) beruhten auf dem

---

[1]) Auf abweichende Ansichten der romanistischen Literatur geht Verf. in dieser vor allem der modernen Dogmatik gewidmeten Abhandlung nicht ein. So ist z. B. auf Partschs genau entgegengesetzte Auffassung nur knapp hingewiesen (S. 393 N. 5). Für seine röm.-rechtl. Darlegungen beruft sich R. auf seine Arbeit „Dal diritto romano classico al diritto moderno (Kap. VI bis XI)“ und die beabsichtigte Schrift: „La fusione del ius civile e del ius praetorium“ [in unico ordinamento = jetzt in Arch. f. R. u. W. Phil. XVI 503 erschienen).

Gedanken des Quasikontrakts; sie hatten als wesentliche Voraussetzungen den animus al. neg. gerendi und die utilitas, wobei das utiliter gestum sich danach bestimmte, ob die Geschäftsführung dem Willen des dominus entsprach (subj. Theorie). Ganz anders ist die Auffassung der Kompilatoren. Justinian hatte gesehen, daß der Prätor in zahlreichen Fällen a^{ones} in factum oder utiles gewährte, in denen entweder der animus des gestor oder der Wille des dominus fehlte. Da er nach Wegfall des Aktionensystems einen Unterschied zwischen actiones utiles und directae nicht mehr anerkannte, so mußten ihm die geringeren Anforderungen der prätorischen Rechtsbehelfe als Grundlage der neg. gestio dienen. Der animus war nicht mehr erforderlich und die utilitas bestimmte sich danach, ob der Erfolg der gestio dem dominus nützlich war. Folglich genügte die bloße Tatsache der Führung fremder Geschäfte ohne Auftrag als Grundlage der a^{ones} neg. gestorum. Ziel der Klage aber war jetzt nur noch Herausgabe der tatsächlichen Bereicherung. Damit hatte die neg. gestio einen ganz andern Charakter bekommen und die a^{o} neg. gest. war jetzt ein ausgezeichnetes Mittel, um allgemein da als Bereicherungsklage verwandt zu werden, wo es an einer Rechtsbeziehung zwischen den Parteien fehlte. Noch aber blieb der animus al. neg. gerendi und das negotium utiliter coeptum aus den von Justinian überarbeiteten Quellenstellen erkennbar. Daher ist es verständlich, daß im Verlauf der weiteren geschichtlichen Entwicklung zwar die justinianische Auffassung der neg. gestio (objektive Theorie) überwog, aber auch die klass. Lehre (subjektive Theorie) immer wieder Anhänger fand; ja sie hat in den modernen jüngsten Kodifikationen (BGB., SchwOblR.) den Sieg errungen, weil sie innerlich begründet ist (Quasikontrakt) und zu einer reinlichen Scheidung von der ungerechtfertigten Bereicherung führt. Das Verdienst aber, die Bedeutung der actiones neg. gest. utiles für die Lehre der unger. Bereicherung erkannt zu haben, gebührt der dritten in der Pandektenwissenschaft vertretenen Theorie, die echte und unechte neg. gestio zu unterscheiden lehrte; denn die Fälle der sog. unechten Geschäftsführung ohne Auftrag gehören dem Gebiet der unger. Bereicherung an. Ganz verfehlt war nur die vierte Theorie (Pacchioni), die den Gedanken des Quasikontrakts aufgibt und ganz willkürlich für die a^{o} neg. gest. directa die Voraussetzungen der objektiven, für die a^{o} neg. gest. contraria dagegen die der subjektiven Theorie verlangte. Dadurch entstehen nicht nur zwei unabhängige Rechtsinstitute, sondern auch der animus wird zur bloßen Spielerei, da er für die Begründung der Rechtsbeziehung nicht mehr nötig ist.

Pacchioni, G., L'utile gestione a favore di persona munita di gestore legale (Riv. dir. comm. 18 [1920] II 1/4). Note zu einem Urteil.

Der Kassationshof von Palermo hatte dem Onkel, der an Stelle des zahlungsunfähigen Vaters dessen Tochter erzogen hatte, die a^{o} neg. gest. contraria auf Ersatz seiner Aufwendungen zugesprochen. Pacchioni billigt die Entscheidung und bemerkt, das römische Recht (D. 3. 5. 5. 8

und ähnlich cod. 5. 2) habe ebenfalls vor der Frage gestanden, gegen wen die a° neg. gest. contr. zu geben sei, wenn die neg. gestio zugleich mehreren Personen (Unterhaltspflichtigem und Mündel) zugute kam. Es habe sie gegen den Vormund und den Vater gewährt, gegen den pupillus oder den filius, der sui iuris wurde, aber höchstens auf die Bereicherung zugestanden.[1]) Denn es sei der Meinung gewesen: wo die Rechtsordnung die Wahrung fremder Interessen durch eine bestimmte Person vorsieht, bedarf der Geschützte der Geschäftsführung eines Dritten nicht.

Solazzi, S., Sulla gestione per conto d'altri (Riv. ital. sc. giur. 66 [1922] 101 sq.).

Verf. prüft allgemein, welche actiones gegeben sind, wenn jemand für fremde Rechnung handelt und dabei Geschäfte eines Dritten führt. Hauptfall: neg. gestor in fremdem Auftrag. Für und gegen den tatsächlich Handelnden sind die a^ones mandati gegeben. Rechtlich wird nur der Auftraggeber[2]) als gestor angesehen; alle gegenteiligen Stellen beruhen auf Itp. (D. 3. 5. 5. 2; C. 2. 38. 4 und 14; D. 3. 5. 41). Der Beauftragte will eben nur den Auftrag ausführen, es fehlt ihm der animus al. neg. gerendi.[3]) 2. Fall: Der Auftrag lautet nicht auf Führung fremder Geschäfte, aber durch Erledigung des Auftrags (oder sonstiger Rechtspflichten, z. B. aus tutela) führt der Beauftragte auch Geschäfte eines Dritten. Hier haftet der Auftraggeber dem dominus negotii nicht, denn er gab ja lediglich Weisung, daß seine eigenen Geschäfte erledigt werden sollten. Gegen den Beauftragten aber als gestor wird im klass. Recht, wie Partsch richtig sah, dem dominus negotii eine a° neg. gest. utilis gewährt, falls der Beauftragte sich bewußt war, ein Geschäft des Dritten zu führen (D. 3. 5. 30. 1, sed — actio itp.; D. 3. 5. 30. 5). Aus der Exegese der Stellen ergibt sich für Solazzi, daß Pacchionis Ansicht (s. oben) irrig ist. Pacchionis Unterscheidung ist ohne Anhalt in den Quellen, seine Replik gegen Partsch wenig glücklich. Denn er übersieht z. B., daß das sine mandatu des Edikts dahin zu verstehen ist, daß der dominus kein Mandat erteilt haben darf, während es hier sich um die Frage handelt, welche Bedeutung das Mandat des Auftraggebers für die Rechtsbeziehung zwischen Auftraggeber, Beauftragtem und dominus negotii hat. Daß die Byzantiner utilis streichen, wenn sie der Unterscheidung von a° directa und utilis keine Bedeutung mehr zuerkennen, ist sehr verständlich. Überdies liefert D. 27. 3. 18 den deutlichen Beweis; sie unterdrücken in dieser Stelle neg. gestorum und lassen utilis stehen; denn actio neg. gest. utilis war ihnen überflüssiger Begriff, der irgendwie [durch Streichung von neg. gest. oder utilis] beseitigt werden mußte.

---

[1]) Das (5. 2) ist übrigens itp., s. Partsch, neg. gestio I 39; Albertario, Rend. Lomb. II 46, 855; Solazzi, Riv. sc. giur. (1922) 66, 102.

[2]) Ausn.: D. 3. 5. 3. 11.

[3]) Offenbar teilt also Solazzi entgegen Partsch die Ansicht Riccobonos, daß der animus al. neg. gerendi im klass. Recht erforderlich war.

Sogenannte Innominatverträge.

De Francisci P., *Συνάλλαγμα*. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati. II. (Pavia 1916, 543 Seiten).

Über den Plan des großangelegten und mit außerordentlichem Fleiß jetzt zu Ende geführten Werkes wie über seine Ergebnisse für das klassische Recht ist das Referat Partschs über den 1. Band zu vergleichen (SavSt. 35, 334).

Der Grundgedanke des Verf. ist folgender: Die byzantinische Systematik der Innominatkontrakte erklärt sich aus der Entwicklungsgeschichte der justinianischen Begriffe a° praescriptis verbis und *συνάλλαγμα*. Prozessual erhalten die Innominatkontrakte in der a° pr. v. ihre Erfüllungsklage, materiell werden sie unter den Oberbegriff des obligatorischen Vertrages, *συνάλλαγμα*, gebracht, bei dem die Byzantiner an eine obligatio ultro citroque denken, die ihnen Voraussetzung der Klagbarkeit der Verträge ist.[1]) Die a° pr. verbis ist eine nachklassische Schöpfung, die auf einer durch die Umgestaltung des Prozeßwesens ermöglichten Entartung der a° in factum beruht. Der Begriff des *συνάλλαγμα* ist nicht klassisch; im byzant. Recht ist er der technische Ausdruck für den obligatorischen Vertrag[2]); d. h. einer Vereinbarung, die einem der benannten oder unbenannten Vertragstypen des Systems entspricht und aus dem beiderseitigen Willen der Parteien, eine derartige obligatio zu begründen, entsteht (ultro citroque consensu factam). Noch aber ist die Tradition so stark, daß die bloße Willenseinigung allein keine klagbare Verpflichtung erzeugen kann; vielmehr mußte sie entweder einem der benannten Vertragstypen entsprechen oder es mußte beim *συνάλλαγμα ἀνώνυμον* eine *δόσις* oder *ποίησις* vorausgehen, um die Gegenleistung klagbar zu machen. So hängt materiell die Entwicklung der Innominatkontrakte auf das engste mit der Begriffsbildung des *συνάλλαγμα* zusammen.

Dementsprechend zerfällt der 2. Band in zwei Teile. Im 1. Teil wird die Entstehungsgeschichte der a° pr. verbis — die im 1. Band sachlich und formell als byzantinisches Gebilde erkannt worden war — geschildert, die sich Hand in Hand mit der Umgestaltung des Prozeßwesens vollzieht. Im 2. Teil wird der Vertragsbegriff im klass. und byzant. Recht untersucht, weil daraus sich ergibt, wie die Lehre vom Innominatrealkontrakt allmählich entstand. Da hier nur kurz über den Inhalt der eingehenden Darstellung des Verf. berichtet werden kann, sei vorweg erwähnt, daß auch dieser 2. Band in gründlicher Quellenanalyse und mit voller Literaturbeherrschung zu zahlreichen umstrittenen Problemen Stellung nimmt und häufig anregende Fragen aufwirft.[3])

---

[1]) Diese Behauptung übernimmt de Francisci von Partsch. Indessen fehlt ihr die Begründung, und für den Gedankengang des Verf. ist sie nicht bloß überflüssig, sondern eher irreführend.

[2]) Partschs Behauptung, daß Verf. unter *συνάλλαγμα* den gegenseitigen Vertrag verstanden habe, trifft nicht zu.

[3]) Es wäre vielleicht für das Thema günstiger gewesen, wenn Verf. sich



I. Teil. Das 1. Kap. behandelt Begriff und Anwendungsgebiet der a⁰ pr. verbis. Diese actio ist a⁰ civilis und wird deshalb von den Byzantinern auch a⁰ civilis incerti oder schlechthin a⁰ incerti genannt; sie ist a⁰ in factum und führt daher auch die Namen a⁰ pr. v. in factum oder gar a⁰ in factum civilis. Sie wird auf die b. fides zurückgeführt und ist demnach a⁰ b. fidei. In der Kompilation wird sie vor allem als Erfüllungsklage der Innominatkontrakte gegeben, erscheint aber auch außerhalb dieses Gebietes. In den byzantinischen Schriften ist ihr Anwendungsgebiet wesentlich erweitert: sie ist a⁰ generalis und wird als subsidiäres Schutzmittel in allen Fällen verwendet, in denen das Geschäft einer datio ob causam oder sub certa lege ähnelt. Typisch hierfür: D. 23. 4. 26. 3 (Bas. 29. 5. 24. 3); Papinian hat jede actio verweigert; die Kompilatoren gewähren a⁰ utilis in factum, die Byzantiner sehen darin eine a⁰ pr. v., da diese ja generelle subsidiäre Klage ist. Das 2. Kap. bringt die Entwicklungsgeschichte der a⁰ in factum. Die a⁰ pr. verbis ist keine byzantinische Neubildung; sie ist aus der a⁰ in factum entstanden. Das klass. Recht kennt nicht den Gegensatz: actiones in ius und in factum, sondern es besteht lediglich der technische Unterschied der Prozeßformeln: formulae in ius und in factum conceptae. Der Ausdruck actio, ursprünglich auf legis actiones beschränkt, wurde bald auf die zivilen Klagen des Formularprozesses erstreckt: a^ones civiles, während die prätorischen Klagen mit iudicium bezeichnet wurden. In der Kaiserzeit wurde nach Festlegung des Edikts actio die einheitliche Bezeichnung für alle feststehenden honorarischen und zivilen Rechtsmittel. Im Gegensatz dazu kommt bei den Spätklassikern der Ausdruck a⁰ in factum für die dekretalen Klagen vor. Diese Bezeichnung wird immer häufiger und im byzant. Recht ist die a⁰ in factum schlechthin die dem Einzelfall angepaßte Klage im Gegensatz zu den ständigen Klagen. Sie ist a⁰ generalis und wird für zwei Hauptgruppen von Fällen verwendet: einmal als Schadensersatzklage außerhalb von Vertragsverhältnissen, abgeleitet aus der a⁰ legis Aquiliae, daher auch a⁰ legis Aquiliae in factum genannt. In diesen Fällen erscheint sie bald als neues Schutzmittel der Byzantiner, bald an Stelle einer klassischen formula in factum concepta, die gewährt worden war, weil die Verletzung nicht corpore erfolgte. Sie wird hier auch einfach a⁰ in factum oder a⁰ in f. praetoria genannt. Ferner aber dient die a⁰ in factum der Durchführung eines unbenannten συνάλλαγμα und ist auf die Gegenleistung gerichtet; nur in solchen Fällen wird sie als a⁰ in factum

---

enger an seine eigentliche Aufgabe gehalten und die Lösungen schärfer herausgestellt hätte. Denn gerade durch die vielen Probleme, die er berührt und die z. T. heiß umstritten sind, bekommt die Untersuchung einen schleppenden Gang; der Gedankengang wird oft unterbrochen, oft werden Wiederholungen nötig. Auch konnte Verf. die nebenbei berührten Fragen keineswegs abschließend beantworten. Gewiß, er gibt wertvolle Anregungen und kann die Wege zur Lösung zeigen und bisweilen auch vorbereiten, aber seine Ergebnisse bleiben hier nur mehr oder minder wahrscheinliche Vermutungen. Man vgl. z. B. die Ausführungen über obligatio S. 341 N. 1, über condictio S. 379 ff.

civilis bezeichnet.[1]) Als solche ist sie die Erfüllungsklage der Innominatkontrakte und der dationes sub certa lege. Die Klassiker konnten hier, da kein anerkannter benannter Vertrag vorlag, keine Kontraktsklage gewähren und auch nicht immer mit einer condictio helfen, da sie eine allgemeine Bereicherungsklage nicht kannten. Sie halfen dann mit a° de dolo oder mit dekretaler a° in factum auf Rückgewähr der Vorleistung. Gemeinsames Fundament, der a° i. f. civilis und praetoria, ist ihre Anknüpfung an den konkreten Einzelfall. Das ist für den Libellenprozeß wichtig: die a° in factum ist erzählende, den Tatbestand beschreibende Klage. Eben deshalb konnte sie Stephanus in sc. *Μαθών* (Bas. XI. 1. 7) mit einer Klage mit demonstratio vergleichen. Daß er an die klassische demonstratio erinnert, ist nichts besonderes. Denn die byzantinische Theorie wandte in historischer Reminiszenz die klassischen Bezeichnungen der Formelteile auf das Schema der Klagschrift (Libellus) an. Das III. Kap. behandelt die Umgestaltung des Prozeßwesens[2]) und ihre Bedeutung für die a° pr. verbis. Wie kommt es, daß die aus einer Verallgemeinerung des dekretalen a° in factum hervorgegangene a° i. f. civilis als a° pr. verbis bezeichnet wurde? Verf. will die Frage aus der Entwicklung des Prozeßrechts beantworten. Nach Verfall des Formularprozesses und des klassischen Aktionensystems haben die überkommenen Formeln dennoch Bedeutung bewahrt und blieben die Namen der actiones erhalten, da die Praxis immer noch die alten Schemata, wenn auch zu ganz andern Zwecken, benutzte. Die Instruktion des iudex pedaneus schloß sich äußerlich an die alten Formeln an und im libellus mußte die Klage namentlich bezeichnet werden. Jede Klage mußte ihren eigenen Namen haben und war durch ihre besondere *φύσις* gekennzeichnet. So behielt man die alten Aktionennamen bei und erweiterte das System durch neue Klagen, wobei generelle Klagen die Schwierigkeiten der richtigen Klagebezeichnung erleichterten. Auch für die Klagen aus Innominatkontrakten — bisweilen gewährte das klass. Recht in solchen Fällen eine a° in factum — mußte eine genaue Bezeichnung gefunden werden. Der Ausdruck a° i. f. civilis konnte leicht zu Verwechselungen mit andern a^{ones} i. f. führen. Da nun im Libellus das Rechtsgeschäft (*τὸ πρᾶγμα*) des Innominatkontraktes beschrieben wurde, war die a° eine *διηγηματική* und wurde nach der Tatsache, daß über die getroffene Vereinbarung *ὡς ἐν δεμωστρατίωνι* vor dem Klagbegehren berichtet wurde, a° pr. verbis genannt.[3]) Das blieb ihr technischer Name, während

---

[1]) Jede Vereinbarung, bei der causa subest, d. h. *δόσις* oder *ποίησις* von einer Seite erfolgt ist, wird als obligatio civilis angesehen (D. 2. 14. 7. 2 u. D. 19. 5. 5). Da nun die obligatio die Mutter der actio ist, mußte die auf einer obligatio civilis beruhende actio auch civilis sein.

[2]) Sie ist ausführlich und lebhaft geschildert, worauf hier nur hingewiesen werden kann.

[3]) Verf. bemerkt (S. 310 N. 1), daß man sich nicht daran stoßen dürfte, daß die Byz. einen lateinischen Namen für ihre Klage erfanden. Aber wie beachtenswert auch des Verf. Erklärung des Stephanos Scholion ist — sachlich ist das ja die Hauptsache —: seine Erklärung für die Bildung des Namens a° pr. verbis wirkt wenig überzeugend.

die Ausdrücke a° i. f. civilis und a° incerti nur ihre Natur kennzeichnen sollten.

II. Teil. Während der I. Teil des 2. Bandes nur der prozessualen Bedeutung der a° pr. verbis gewidmet ist, werden im II. Teil die materiellen Rechtsgeschäfte geprüft, zu deren Schutz die a° pr. v. bestimmt war; der II. Teil schildert die Entstehung der Lehre von den Innominatkontrakten. Deren bekanntes Schema do ut des und ut facias, facio ut des und ut facias ist ebenso byzant. wie ihre Klagbarkeit durch a° pr. verbis, gerichtet auf das Interesse an der Gegenleistung. Mit Recht geht Verf. davon aus, daß auch diese Kontrakte keine vollkommen neue Schöpfung der Kompilatoren sein können, sondern allmählich entstanden sind; ihre Spuren führen bis in das klass. Recht zurück. Das führt Verf. dazu, zunächst einmal die klassische Vertragslehre – wenn man so sagen darf – zu erforschen. Es ist ja leicht verständlich, daß die Klassiker, die nicht materiellrechtlich denken, keinen allgemeinen Vertragsbegriff aufgestellt und der Systematik der Obligationen nur untergeordnete Bedeutung zugemessen haben. Für sie ist die Frage nur, ob eine a° gegeben ist; nur nebenbei wird dann die materiellrechtliche Frage der Obligation und ihres Entstehungsgrundes behandelt. Immerhin finden wir in theoretisierenden Betrachtungen und vor allem bei Gaius ein System der Obligationen nach ihrem Entstehungsgrad: contractus und delicta. Indessen beweist Gai. III 91, daß diese Einteilung nicht genügend war: es gibt obligationes re, die doch nicht contractus sind.[1]) Sucht man zu prüfen, welche Schwierigkeiten hier für Gaius sich ergeben und was eigentlich der Begriff des contractus war, so zeigt schon eine flüchtige Übersicht der Quellenstellen, daß von einer einheitlichen Terminologie weder bei dem Wort contractus und noch viel weniger bei contrahere gesprochen werden kann. Negativ steht fest, daß jedenfalls das moderne Kennzeichen des Vertrages, die Willenseinigung der Parteien, für den römischen Begriff contractus keine Rolle spielte. Auch sind unter contractus nur obligationes zu verstehen, so daß die prätorischen Verpflichtungsgeschäfte, die mit actione teneri bezeichnet werden, nicht unter den Begriff contractus fallen. Der positive Inhalt des Begriffes hat schon im klassischen Recht eine lange Entwicklungsgeschichte durchgemacht. Verf. glaubt zwei Strömungen erkennen zu können, die mit dem Schulengegensatz verbunden sind. Die Sabinianer stellen contractus mit negotium gestum gleich; contractus ist das durch anerkannte negotia geschlossene Band und steht im Gegensatz zum delictum. Die Einteilung der obligationes in solche ex contractu und ex delicto ist erschöpfend; jedes negotium, aus dem eine obligatio erwächst, ist ein contractus. Alle obligationes re stehen in engem Zusammenhang mit der condictio. Diese ist zwar erst bei Justinian allgemeine Bereicherungsklage, aber doch auch im klassischen Recht viel

[1]) Vgl. Betti, Sul significato di contrahere in Gaio (1912); Sul valore dogmatico della categoria contrahere in giuristi Proculiani e Sabiniani (BJDR. 1915, 28, 3).

angewandt, nicht nur bei benannten Realverträgen, sondern auch für dationes ob rem auf Restitution des Wertes der datio, weil sie als abstrakte persönliche Klage nur ein dare voraussetzt. Wo sie gegeben ist, nahmen die Sabinianer obligatio re und daher ein negotium contractum an. Die Prokuleianer dagegen wollen den Begriff contractus enger fassen. Zwar ist Labeos Auffassung, der nur Kauf, Miete und Sozietät unter die contractus rechnete — Verf. schließt das aus D. 50. 16. 19 — aufgegeben; aber nicht alle obligationes re werden als contractus anerkannt. Wohl ist auch nach prokul. Ansicht überall da, wo eine condictio gegeben ist, auch eine obligatio re vorhanden; aber contractus ist nur das mutuum, das allein aus einem credere hervorgeht, d. h. aus einer Eigentumsübertragung mit der Absicht tantundem eiusdem generis zurückzuerhalten. Dagegen sind indebiti solutio, dationes ob causam, pignus, depositio und commodatum zwar obligationes re, aber keine contractus.[1]) Damit ist die Zweiteilung der obligationes in solche ex contractu und ex delicto unzureichend geworden; dennoch wird sie weder aufgegeben noch in der Systematik ergänzt. Schon zu Gaius Zeiten muß die Ansicht der Prokuleianer gesiegt haben, denn er folgt hier ausnahmsweise ihrer Ansicht (III 91). In der Zeit der Severen sind beide Strömungen noch nebeneinander erkennbar: einerseits hält man an der obersten Einteilung der Obligationen in contractus und delicta fest, andererseits gibt es zahlreiche obligationes re, die durch condictio klagbar und doch keine contractus sind. Man fragte praktisch eben nicht nach dem Vorliegen eines contractus, sondern nur nach actio und obligatio. Diese Unebenheiten der klassischen Lehre steigerten sich im nachklassischen Recht, als an Stelle prozessualer die materiellrechtliche Betrachtung trat und der Unterschied von prätorischem und zivilem Recht immer mehr verschwand. Jetzt wird der contractuss Begriff auch auf das ehemals prätorische teneri erstreckt. In den Codice-Theod. und Justin. werden nicht nur Tausch, Depositum, Kommodat, pignus und hypotheca, sondern auch emphyteusis und sogar die Schenkung zu den contractus gerechnet! Die neue Rechtsbetrachtung erfordert eine Definition des Begriffs contractus; die byzantinischen Schulen suchten deshalb in den Wirrwarr ein einheitliches System der Verträge hereinzubringen. Dabei hielten sie sich äußerlich an die römischen termini, ihre Gedanken aber bezogen sie von Aristoteles und der griechischen Rechtsphilosophie.[2]) Aus ihr haben sie vor allem die Vorstellung gewonnen, daß der Parteiwille den Vertrag als eine Art privates Gesetz schafft, das zu jedem Verhalten verpflichten kann, welches dem staatlichen Gesetz nicht widerspricht. Der Vertrag ist die Folge der Willensübereinstimmung der Parteien: *συναλλάττειν* bedeutet Willenseinigung, *συνάλλαγμα* ist der Ausdruck für Vertrag bei Aristoteles. So wird der

[1]) Wo in den Quellen in solchen Fällen (und ferner auch bei der neg. gestio und allen unbenannten Verträgen) von contractus die Rede ist, liegt eine Itp. vor.

[2]) Nicht etwa aus dem griechischen Recht, das selbst keinen allgemeinen Vertragsbegriff kannte.

consensus die Grundlage und das charakteristische Merkmal des contractus. In dieser Auffassung werden die Byzantiner durch christliche Ideen bestärkt. Denn die christliche Moral verlangt, daß jeder sein Wort hält; jede Willenserklärung ist bindend, ihr Bruch wäre ein mendacium. Die ersten Spuren dieser neuen Gedanken sind in D. 44. 7. 31 (itp. quia . . . impossibilem) erkennbar; hier wird der contractus aufgefaßt als res, quae ex duorum pluriumve consensu agitur und bei der der voluntas Rechnung getragen wird. D. 2. 14. 1. 1/3 und cod. 7. 1/6 bringen die byzantinische Systematik, deren Generalbegriff die conventio ist. Aus ihr werden die durch actiones geschützten zivilrechtlich anerkannten contractus (benannte und unbenannte) und die bloß durch exceptio wirksamen pacta abgeleitet. contractus = *συνάλλαγμα* ist jetzt der obligatorische Vertrag: conventio obligatoria, der entstanden ist aus den übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien, gerichtet auf Begründung einer Obligation. Aber trotz dieser typischen Kennzeichnung des einheitlichen Begriffes wagen die Byzantiner noch nicht, die alten klassischen Kategorien aufzugeben. So werden die contractus immer noch nach ihrem Entstehungsgrund unterschieden, aber die Willenseinigung muß sowohl bei den Verbalverträgen zu der Form wie bei den Realverträgen (bei denen jetzt dare nicht mehr Eigentumsübertragung, sondern nur körperliche Hingabe bedeutet) zur Hingabe der Sache hinzutreten; bei den Konsensualverträgen aber wird betont, daß sie „nudo" consensu entstehen. Wie die Entstehungsgründe, so leben auch die Namen der contractus bei den Byzantinern noch weiter; ja diese Namen haben eine besondere Bedeutung gewonnen; sie beweisen, daß hier ein rechtlich anerkannter Geschäftstypus vorliegt. Daher heißt es denn auch in D. 2. 14. 7. 1: quae [conventiones] pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus. Nun aber gab es im klassischen Recht eine ganze Reihe von Rechtsgeschäften, die nicht unter den Begriff contractus fielen und auch keinen eigenen Namen hatten, trotzdem aber eine actio civilis (condictio) erzeugten und daher obligationes waren. Sie konnten von den Byzantinern nicht unter die pacta gerechnet werden, sondern mußten unter den Oberbegriff der contractus gebracht werden. Da sie keinen Namen hatten, wurden sie als *ἀνώνυμα συναλλάγματα* den benannten contractus an die Seite gestellt. Das positive Kennzeichen dieser unbenannten Verträge, die nach dem bekannten Schema systematisiert wurden, war außer der Willenseinigung das Vorliegen einer *δόσις* oder *ποίησις* als causa. Für diese Bildung des Begriffs der Innominatkontrakte muß der Tauschvertrag den Byzantinern als Vorbild gedient haben. Wir haben dafür in D. 19. 4. 1 noch einen Beleg. Paulus hat wohl die Ansicht abgelehnt, daß der Tausch ein Kauf sei, und gleichzeitig bemerkt, daß im Falle einer Eviktion eine a° in factum zu gewähren sei, bei ausbleibender Gegenleistung aber eine condictio auf Rückgewähr zustehe. Die Byzantiner sahen, daß kein Kauf vorliegt und doch eine zivile Klage gegeben ist. Wie sollten sie sich dies erklären? Die nuda voluntas konnte nicht maßgebend sein; denn der Tausch gehörte nicht zu den Konsensual-

verträgen, die einen eigenen Namen haben (quae nomen suum habent) [!], also muß der Grund der zivilen Klage in der datio liegen (ex re tradita!). D. 19. 4. 1. 4 zeigt, daß die Kompilatoren die condictio ruhig neben der Klage auf das Erfüllungsinteresse gewähren. So wurde der Tausch zu einem Innominatrealkontrakt. Auch in anderen Fällen einer datio ließen die Byzantiner die condictio auf Rückgewähr der Vorleistung weiter bestehen und verwandelten die bei den Klassikern vereinzelt auftretende a° in factum auf Rückgewähr des Interesses der eigenen Leistung in eine generelle bonae fidei actio civilis auf das Interesse an der Gegenleistung — getreu ihrer Anschauung, daß jeder a° b. f. eine ultro citroque obligatio entspricht. Obwohl eine Seite schon geleistet haben muß, sehen sie doch den Innominatkontrakt als einen gegenseitigen Vertrag an, dem ein *ἀμοιβοία ἀγωγή* entspricht. Neben die klassischen Fälle einer datio aber stellen sie Fälle, in denen ein facere Gegenstand der Vorleistung war. Daß hier nach klassischem Recht keine condictio zustehen konnte, stört sie nicht, denn sie schufen ja auch die condictio incerti. Die Fälle der dationes und das facere aber gruppieren sie in den bekannten vier Kategorien der Innominatkontrakte. So entstand bei ihnen der Begriff des *ἀνώνυμον συνάλλαγμα* als einer conventio über ein do ut des oder ut facias und ein facio ut des oder ut facias, der eine *ποίησις* oder *δόσις* folgt und die so eine obligatio civilis erzeugt. Geschützt wird diese obligatio durch eine Klage auf Rückgewähr oder Vertragsauflösung: condictio und eine Klage auf Erfüllung der Gegenleistungspflicht: a° pr. verbis.

Segrè, G., Ph. Meylan, Origine et nature de l'action praescriptis verbis (Riv. dir. comm. 17 [1919] I 546/8).

Meylan stellte die These auf, daß die a° pr. verbis schon dem klassischen Recht angehört. Ihr Vorbild sei die prätorische Klage für das aestimatum gewesen.[1]) Sie hätte als Rechtsmittel für schutzwürdige Sondertatbestände gedient und sei als a° in factum gewährt worden, wobei der Prätor mittels einer praescriptio ihre Anwendung festgelegt habe. Erst die Byzantiner hätten sie verallgemeinert und zur a° civilis b. f. gemacht. Segrè äußert hierzu einige Zweifel, hält aber Meylans Auffassung für ernstlich erwägenswert.

Freiburg i. Br. H. Stoll.

Diritto privato. Le obbligazioni II (dottrine generali).

Vermögenswert der Leistung.

Pacchioni, G., La pecuniarietà dell' interesse nelle obbligazioni (nella traduzione di Savigny, Obbligazioni, vol. II, Turin 1925, app. 1ª p. 307 ss.), war mir nicht zugänglich.

---

[1]) Dagegen: Beseler II 161, IV 135, der die a° de aestimato für das klass. Recht streicht. Buckland, Aestimatum (Mél. Cornil I), der den Zusammenhang von aestimatum und Innominatkontrakten leugnet.

Teilbarkeit der Leistung.

Bonfante, P., La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili. Arch. giur. 4ª serie, vol. I, 1921 = scritti giur. III, nr. XXV, p. 368—375.

1. Im Gegensatz zu der gemeinrechtlichen Lehre führt der Verfasser aus, daß die unteilbaren Obligationen für den klassischen römischen Juristen Solidarobligationen waren und, da es nur eine einzige Art hiervon gegeben habe, vollständig deren Regeln folgten. Erst Justinian habe die unteilbaren Obligationen in unklarer und widerspruchsvoller Weise den Obligationen pro parte angenähert und sie den völlig wesensfremden Prinzipien der Alternativ- oder Genusobligationen mit einer Mehrheit von Subjekten nahegebracht (p. 368/369).

2. Zum Beweise dieser Lehre macht B. zunächst darauf aufmerksam, daß dort, wo von unteilbaren Obligationen gehandelt werde, die Terminologie der Solidarität verwendet sei. Er zeigt weiter, daß die Prinzipien der echten Solidarität, wie das des Erlöschens der Obligation zugunsten aller Mitschuldner, wenn es aus objektiven Gründen eintrete, insbesondere durch acceptilatio und litiscontestatio, im klassischen Recht auch auf die unteilbaren Obligationen Anwendung finde; hierbei stützt er sich auf D. 45. 1 l. 2, § 3; l. 85, § 4 (369/370).

3. Ein Teil der Stellen, der der von B. vertretenen These widerspricht, war schon früher für interpoliert erklärt worden, so D. 16. 3. 1. 36; 14, pr.; 22 i. f.; D. 46. 3. 81. 1. Die übrigen der Annahme B.s entgegenstehenden Stellen werden, unter Beibringung sachlicher und grammatikalischer Indizien, als gleichfalls interpoliert nachgewiesen. So: D. 35. 2. 80. 1 [sed potest — *fin*]; D. 32. 11. 24 [24]; D. 45. 1. 72 pr. [ideoque etiam — stipulationem]; D. 10. 2. 25. 9 [pro parte hereditaria]; D. 10. 2. 25. 10 [pro parte]; zweifelnd auch an D. 32. 11. 23 [tempus, — *fin*]?, eine Interpolation, die Perozzi als sicher annimmt (Perozzis Ist. II, 92 n. 5).

Guarneri-Citati, A., Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano, vol. I. Palermo 1921, pp. 263.

1. Der vorliegende erste Band der Untersuchungen des Verfassers über unteilbare Obligationen ist vornehmlich der Quellenkritik gewidmet, bei der der Verf. wichtige, aufschlußreiche Interpolationen aufzudecken vermag. Spätere Bände sollen die dogmatische Verarbeitung des sonach bereinigten Materials bringen, sowohl für das klassische wie auch für das justinianische Recht. Der vorliegende Band setzt sich im wesentlichen aus drei Hauptteilen zusammen, denen der Verf. eine Einleitung über Bedeutung und Methode seiner Arbeit voranschickt, denen er ferner in einem vierten Kapitel das Vorhergehende noch erläuternde und vertiefende Zusätze über die Konventionalstrafe, ihr Verhältnis zu den teil- und unteilbaren Obligationen beifügt. —

2. Das erste Kapitel („legittimazione in solido e condanna parziaria"), pp. 14/103, ist der Besprechung des Problems gewidmet, ob

die unteilbare Obligation im Falle einer Kondemnation teilbar werde, ob und welche Wirkung im klassischen Recht die Teilbarkeit des Inhalts der condemnatio auf das Ausmaß dieser letzteren ausübe, wenn die Verurteilung auf Grund einer „in solidum" abgestellten actio erging. Die Erörterung dieses Problems wird mit einer klaren Zusammenstellung der Fälle, in denen die Quellen trotz einer actio in solidum eine condemnatio in parte zuerkennen, eröffnet und demgemäß werden fünf Gruppen unterschieden: a) die unteilbaren Obligationen, von der Aktivseite aus betrachtet; jeder Gläubiger klagt in solidum, erhält jedoch nur ein Urteil „pro parte hereditaria"; cf. D. 10. 2. 25. 9. — b) die Fälle der actio confessoria; auch hier hat jeder der Servitutsberechtigten eine „actio in solidum", die condemnatio aber erfolgt nur „pro parte"; cf. D. 8. 5. 4. 3. — c) die Solidarobligationen, welche aus dem dolus der Erben des Depositars entstehen in betreff des unteilbaren Verwahrungsgegenstandes; cf. D. 16. 3. 22. — d) die Obligationen der Erben des Verkäufers für Eviktion, die der Käufer erleidet; cf. D. 45. 1 l. 85. 5, l. 139. — e) die actio aquae pluviae arcendae; cf. D. 39. 3. 11. 3/4. — Bevor jedoch diese einzelnen Fälle untersucht werden, werden noch die sehr erheblichen Schwierigkeiten, wenn nicht, wie der Verf. meint, die Unmöglichkeit einer partiellen Verurteilung nach einer in solidum erhobenen Klage dargelegt, die sich auf Grund des klassischen Formularverfahrens ergeben mußten; insbesondere werden die bisherigen Lösungsversuche einer scharfen Kritik unterzogen (14/34).

Die nunmehr einsetzende Prüfung der einzelnen Problemstellen ist sehr eindringlich und mit einem großen wissenschaftlichen Apparat klar und übersichtlich durchgeführt. Die vielfach über den Rahmen der Arbeit hinaus wichtigen Einzelergebnisse können hier nicht geschildert werden. Es kann nur zusammenfassend gesagt werden, daß der Verf. nachweist, daß die Antithese „a^{io} in solidum" — „condemnatio in parte" kompilatorischen Ursprungs ist, daß m. a. W. das Prinzip der Teilbarkeit der condemnatio bei unteilbaren Obligationen dem klassischen Recht unbekannt gewesen ist. Dieses Resultat wird für die Fälle a, b, c, e (s. o.) festgestellt; der Fall zu d wird im zweiten Kapitel gesondert betrachtet.

3. Das zweite Kapitel („l'origine delle obbligazioni indivisibli «petitione» e divisibili «solutione»"), pp. 104/163, geht davon aus, daß in den hierher gehörigen Fällen (oben d) die Antithese nicht zwischen a^{io} in solidum und condemnatio pro parte zu finden sei, sondern zwischen „petitio in solidum" und „solutio pro parte". Der mit Entwehrung bedrohte Käufer habe jeden der Verkäufer-Erben in solidum zu belangen, jeder Miterbe aber werde gegebenenfalls nur zur Entschädigung pro parte hereditaria verurteilt. Auch hier wieder deckt der Verf. mit großem Geschick eine Reihe grundlegender Interpolationen auf, mit dem Ergebnis, daß es Obligationen „dividuae solutione" und „individuae petitione" im klassischen Recht nicht gab, im Gegensatz zum kompilatorischen, das hier eine neue, unklare Gruppe von Obligationen geschaffen habe, wie sich dies klar aus den Schlußworten von D. 45. 1. 85 § 5 ergebe.

4. Das dritte Kapitel („legittimazione in solidum e legittimazione pro parte nelle obbligazioni indivisibili di fare e di non fare"), pp. 164/227, ist vor allem den auf ein non facere gerichteten Obligationen gewidmet. Diesem Thema wird jedoch eine besondere Untersuchung über die auf ein facere gerichteten unteilbaren Obligationen vorausgeschickt, wobei insbesondere die interpolierte l. 72 pr. D. 45. 1 erörtert wird (164/183). Bei den unteilbaren Obligationen auf ein non facere behandelt der Verf. einmal das Ausmaß, nach dem jeder von mehreren Mitschuldnern hafte, wenn eine Obligation dieser Art durch einen von diesen verletzt wurde, sowie die Frage, ob und inwieweit eine Vertragsstrafe zur Sicherung eines Unterlassens, wenn sie einem von mehreren Gläubigern gegenüber verfallen war, auch die übrigen berechtigte. Auch hier wieder finden sich reiche textkritische Untersuchungen mit dem Ergebnis, daß Justinian die klassische Unteilbarkeit der Obligation durch das Teilungsprinzip abgelöst hat (itp. sind: D. 45. 1 l. 72 pr.; l. 35. 3, l. 2. 6, l. 133; D. 4. 8. 34. 1; D. 45. 1 l. 3 § 1, l. 4). —

Die Untersuchungen Guarneri-Citatis sind somit ein sehr wertvoller Beitrag dafür, wie Justinian auch im Bereich der unteilbaren Obligationen die mathematische Strenge des klassischen Rechts zu mildern bestrebt war, indem er überall, wo es möglich war, die Unteilbarkeit durch die Teilbarkeit der Obligation ersetzte, an Stelle der Gesamtleistung die Teilleistung treten ließ und die Mitschuldner und die Mitgläubiger voneinander unabhängig machte: Mit Recht hat der Verf. dieses Bestreben des Kaisers in seiner Einleitung mit dessen parallelen Tendenzen auf verwandten Gebieten in Verbindung gesetzt und damit seine Spezialuntersuchung in den zutreffenden allgemeinen Rahmen hineingestellt.

Menichella, P., La indivisibilità delle obbligazioni e il metodo positivo del Molineo. Napoli 1921 und

Segrè, G., Corso di diritto romano (1920/21), compilato da R. Ottolenski e U. Capuccio. Torino 1921 (über die Teilbarkeit der Obligationen und dinglichen Rechte), waren mir nicht zugänglich.

Wahl- und Gattungsschuld.

Vassalli, F. E., Miscellanea critica di diritto romano, III. Roma 1917, p. 5—37: „Nuove osservazioni sulle obbligazioni alternative e generiche."

1. Der Verf. bespricht in seinen „neuen Anmerkungen" einzelne Fragen, die die Abgrenzung der Alternativ- und Genusobligation betreffen, vornehmlich solche, in denen er heute eine seiner früheren Auffassung (vgl. Studi Senesi, XXVI, fasc. 1. 2 estr. Torino 1909) entgegengesetzte oder sie ergänzende Anschauung vertritt.

2. Verf. behandelt zunächst den Unterschied beider Arten von Obligationen, insoweit er sich daraus ergibt, daß die Alternativobligation nicht zur Entstehung kommt, wenn die Sache, die stipuliert wird, im Augenblick

der Stipulationsvornahme dem Gläubiger gehört, während die Genusobligation auch in einem solchen Falle gültig entstehen und erfüllt werden kann, wenn nur im Zeitpunkt der Leistung die zu liefernde Sache dem Gläubiger nicht mehr gehört. Daß dies der Standpunkt der klassischen Juristen sei, werde durch die widerspruchsvollen Stellen D. 46. 3. 72. 4 (Marcellus) und D. 31. 66. 3 (Pap.) verdunkelt. Frühere Erklärungsversuche, auch denjenigen, den er selbst in den Studi Senesi gab, sowie den neueren Versuch Buonamicis hält er für unhaltbar. Beide Stellen seien vielmehr stark von den Kompilatoren überarbeitet worden, ohne daß hier das einzelne mit dem Verf. erörtert werden kann. Aus den Interpolationen, die der Verf. für erwiesen hält, zieht er für das justinianische Recht die Folgerung, daß species, die im Eigentum des Gläubigers stehen, nicht zum Gegenstand einer Genusobligation gemacht werden können, mit der einen Ausnahme, daß der Gläubiger nicht in anderer Weise Befriedigung finden kann (pp. 6/21).

3. Weiterhin betrachtet V. die Wirkung einer Erfüllungshandlung, wenn der Schuldner im Irrtum über den Charakter seiner Verpflichtung als einer Genus- oder Alternativobligation ist. Auch hier ändert er teilweise seine früheren Anschauungen. Ausgehend von dem Widerspruch zwischen D. 12. 6. 32. 3 (Jul.) und D. 31. 19 (Cels.)[1]) verwirft er den Erklärungsversuch Buonamicis, glaubt auch nicht, daß es sich lediglich um eine Meinungsverschiedenheit zwischen Celsus und Julian handele (wozu man durch Cod. 4. 5. 10 veranlaßt werden könne). D. 31. 19 sei vielmehr interpoliert [si is — tamquam]; [possit] ⟨potest⟩; Justinian habe das Problem für Rechtsgeschäfte unter Lebenden und von Todes wegen verschieden gelöst, indem er für Fälle letzterer Art die alte klassische Regel, über die er in Inst. 3, 27 § 7 berichte, verallgemeinert habe (pp. 21/28).

4. Eine kurze Bemerkung widmet V. ferner der Frage nach der Wirkung einer Teilleistung einer Spezies auf den Bestand einer Genus- oder Speziesobligation. Auch hier nimmt er gewisse Interpolationen an (z. B. in D. 12. 6. 26. 13), ohne daß hierdurch aber die allgemeine Lehre sehr berührt wird (pp. 28/32).

5. Zum Schlusse untersucht V. noch die Wirkung der acceptilatio auf die Genus- und Alternativobligation. D. 46. 4. 13. 4; 46. 4. 17 werden weitgehend für interpoliert erklärt, z. T. mit der Begründung, daß der strenge Mechanismus der Verbalobligationen von den griechischen Kompilatoren weder verstanden noch respektiert worden sei, daß diese vielmehr in dem Bestreben, dem Parteiwillen möglichst gerecht zu werden, die beiden Stellen hätten überarbeiten müssen (pp. 33/37).

---

[1]) V. druckt hier irrtümlich D. 30. 19.

Mehrheit der Subjekte der Obligation.

Betti, E., L'efficacia estintiva della litis contestatio nelle obbligazioni solidali passive. Programma di lezioni. Camerino 1918, pp. 42.

In der vorliegenden resümierenden Schrift, in der die Gedanken weit mehr schlagwortartig angedeutet als ausgeführt sind, was sich einerseits aus ihrem Zweck rechtfertigen läßt, andererseits aber für das Verständnis des Gedankenganges B.s oft erschwerend wirkt, behandelt der Verf. zunächst die Frage der Natur der Solidarobligationen. Im Gegensatz zu Bonfante, dem Vorkämpfer einer einheitlichen Auffassung dieser Obligationen, wendet er sich der dualistischen Richtung zu und scheidet, auch für das klassische Recht, die Konsumptionswirkung der litis contestatio von den anderen allgemeinen objektiven Gründen, die zum Erlöschen der Obligationen führen.

Im ersten Kapitel behandelt B. die dogmatische Konstruktion der Solidarobligationen und macht insbesondere einen Unterschied zwischen der wirtschaftlichen Bestimmung und der formalen juristischen Struktur derartiger Obligationen (pp. 5/12). Im zweiten Kapitel untersucht er die passiven Solidarobligationen aus Rechtsgeschäft, für die die Konsumptionswirkung der litis contestatio besteht oder, auf Grund kritischer Quellenbetrachtung, anzunehmen sei. Er nimmt für diese Obligationen elektive Konkurrenz an, die ein notwendiges Korrelat der Solidarobligationen in Verbindung mit der materiellen Konsumptionswirkung der litis contestatio im klassischen Recht gewesen sei. Hieran habe, in bezug auf aktive Solidarobligationen, das justinianische Recht keine Änderungen gebracht (pp. 12/19). Im dritten Kapitel bespricht B. die passiven Solidarobligationen aus einem Gemeinschaftsverhältnis (pp. 19/25), im vierten diejenigen, die aus gemeinschaftlichem Delikt oder aus gemeinschaftlich begangener unerlaubter Handlung entspringen (pp. 25/30). Die beiden folgenden und letzten Kapitel sind der akzidentalen „uneigentlichen" Solidarität gewidmet (pp. 30/35), sowie der Solidarität aus der subsidiären Verantwortlichkeit auf Grund prätorischen Rechtes (pp. 36/42).

Überall legt der Verf. die einzelnen Quellenstellen vor. Seine Stellung zu den einzelnen Problemen im einzelnen darzulegen, verbietet einmal der hier verfügbare Raum, ist zum anderen großenteils nicht möglich, solange der Verf. sich mit oft nur knappsten Andeutungen seiner Auffassung begnügt.

Bonfante, P., Il concetto unitario della solidarietà, Riv. Dir. Comm. XIV, 1916, 1ª p., pp. 685—705 = scritti giur. III, pp. 209 bis 242.

1. In der vorliegenden kritisch-exegetischen Abhandlung legt der Verf. seine Auffassung von der Einheit der Solidarobligationen, die er bereits in seinen „istituzioni" § 122 entwickelt hatte, erneut und ausführlich vor, veranlaßt durch eine Arbeit de Semo's über den gleichen

Gegenstand, worin dieser den Standpunkt B.s nicht angenommen hatte. „In solidum" verpflichtet oder berechtigt sein bedeutet, nach B., im klassischen römischen Recht, daß jeder der verschiedenen Verpflichteten zu ein und derselben Leistung verpflichtet ist, daß jeder der mehreren Gläubiger das Recht hat, die ganze Leistung zu fordern, und zwar nicht nur dann, «wenn die ganze Leistung sozusagen elektiv geschuldet wird oder gefordert werden kann, so daß die Obligation, wenn sie einem gegenüber erloschen ist, gegenüber allen erloschen ist, sondern auch dann, wenn alle das Ganze schulden oder zu fordern berechtigt sind, ohne daß die Bewirkung oder die Einziehung der Leistung durch einen die Bewirkung derselben Leistung oder deren Eintreibung durch den Kollegen ausschließt oder präjudiziert». Fälle der letzteren Art bezeichnet B. als aktive oder passive „kumulative" Solidarität.

2. Typische Fälle solcher kumulativer Solidarität findet B. bei den Deliktsobligationen; auch in den justinianischen Quellen seien Beispiele hiervon nicht selten (vgl. D. 2. 1. 9; 9. 2. 11. 2; 47. 10. 34 usw.). B. ist darüber hinaus der Ansicht, daß die deliktische Solidarität im klassischen Recht immer kumulativ ausgestaltet war; nur in einem Fall, bei der Unterschlagung durch eine Sklavenfamilie, sei anders entschieden worden, vgl. D. 47. 6. 1 pr. Erst Justinian habe die Poenalklagen gegen eine Mehrheit von Tätern oder zugunsten einer Mehrheit Verletzter in elektive Solidaritätsfälle umgewandelt. Er habe die poena pecuniaria nicht mehr in ihrem alten Charakter als poena erkannt, sondern als Entschädigung, als Schadensersatz angesehen. Bei dieser Umwandlung aber konnte Justinian diese Obligationen nur in der Form solidarisch gestalten, die er allen Fällen der Solidarität aufgedrückt habe, nur in dem Maße, in dem er die Wirkung der Erlöschungsgründe der Obligation anerkannte, d. h. unter Zulassung aller anderen Erlöschensgründe außer der Konsumptionswirkung der litis contestatio.

Von dieser Basis aus vermag B. nunmehr die Fälle „unechter" Solidarität, die Ascoli, Eisele und Binder noch feststellen zu können glaubten, zu eliminieren, da es sich hier um Deliktsobligationen handelt, die im Klassischen immer kumulativ ausgestaltet gewesen sein mußten (pp. 209/216).

3. Diese Auffassung führt den Verf. folgerichtig zur Aufdeckung zahlreicher Interpolationen, die er zugleich mit sprachlichen Indizien zu stützen weiß, sowie zur Bekräftigung früherer Interpolationsannahmen auf neuer Grundlage (insbesondere unter Ablehnung des Standpunktes von Eisele), wobei er daher auch oft von diesem in Einzelheiten abweicht. So sind nach B. interpoliert: D. 2. 10. 1. 4 [sed] ⟨nec⟩, [cum — *fin*]; D. 4. 2. 14. 15 [sed ex sententia — *fin*]; D. 4. 3. 17 pr. [quod si — *fin*]; D. 9. 4. 17 pr. [iniquum est — noxae deditio]; [non totius — partem fieri]; D. 11. 6. 3 pr. [sed] ⟨nec?⟩; [si satisfecerit]; D. 26. 7. 55. 1 [sed tutores — *fin*]; D. 27. 6. 7. 4 [perceptione ab — ceteri]; [non electione]; D. 27. 6. 8 [si nihil aut non] ⟨etsi⟩; [in id – deest]; D. 43. 16. 1. 13. [alteri eximi — praestita] ⟨ nec alterum poena eximi⟩; D. 43. 24. 6 [sed uno — *fin*]; D. 43. 24. 15. 2 [vel cum — uno vel]; [scilicet in solidum]; [quin immo —

liberat]. Gerade diese letzte Stelle betrachtet B. als eine Hauptstütze seiner Auffassung. Hierbei weist er außerdem auf einen Unterschied der Lehre der Sabinianer und Prokulianer hin: zur Entscheidung stand die Frage, wer hafte, wenn jemand auf fremde Anweisung hin Erde auf eine benachbarte Grabstätte geschafft hatte; vgl. D. 43. 24. 15. 2 und D. 43. 16. 1. 13. Weiterhin hält er D. 9. 4. 5. pr. im Gegensatz zu Ascoli für unverderbt. Von den sprachlichen Interpolationsindizien, die B. verwertet, ist das von „conventio" hervorzuheben, ein Wort, welches im Sinne von „gerichtlicher Belangung" unklassisch sei (pp. 216/230).

4. Die folgenden Untersuchungen (pp. 230/242) behandeln einzelne Fragen, die sich an das Hauptproblem nur lose, ergänzend oder die bisherigen Ergebnisse sichernd, anschließen, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.

Bonfante, P. e Sraffa, A., Solidarietà o mutua fideiussione? Riv. dir. comm. XII, 1914, 1a p., pp. 905—915 = Studi in onore di G. P. Chironi I, 599—611.

Die Verfasser zeigen in der sehr interessanten Abhandlung, daß die römische Solidarobligation einerseits und die moderne italienische Solidarobligation im wesentlichen nur den Namen gemeinsam haben. Sie beschäftigen sich in erster Linie mit dem heutigen Recht, das römische Recht wird nur gestreift. In diesem sei die Solidarobligation, wie schon ihr Name zeige, fern jeder Garantieidee, im Gegensatz dazu beherrsche dieser Gedanke die Ausgestaltung des gleichen Institutes im modernen Recht. Die Unterscheidung zwischen Solidar- und Korrealobligationen wird auch hier wieder für das klassische römische Recht verworfen; hier sei nur möglich zu unterscheiden, ob die Obligation für alle oder nur für einen erlösche; einen partiellen Untergang der Solidarobligation gebe es im klassischen Recht nicht, worin einer der Hauptunterschiede der römischen und der modernen Solidarobligation liege: diese führe nur zu einer anteilsmäßigen Verpflichtung der Schuldner, die zugleich für einander bürgten; ebenso seien die mehreren Gläubiger nur zu Anteilen berechtigt, hätten sich aber gegenseitig zum Empfang der ganzen Leistung ermächtigt. So löse sich die moderne Solidarobligation restlos in andere, dem modernen italienischen Recht geläufige Gebilde auf: Teilschuld, gegenseitige Bürgschaft; Teilgläubigerschaft, gegenseitiges mandatum ad exigendum, Abweichungen enthalte art. 1191 und art. 1187 c. c. it., letzterer sei „una vera sopravivvenza del regime della solidarietà (pp. 905—907).

Weiterhin wird für die einzelnen Erlöschungsgründe gezeigt, daß die moderne italienische Solidarität die gleichen Erscheinungen zeigt, wie sie sich vom Standpunkte der mutua fideiussio als logische Konsequenzen ergeben; erörtert werden: pagamento, novazione, compensatione, confusione, annullamento e rescissione, condizione rissolutiva, prescrizione (pp. 908/913).

Am Schluß der Untersuchung wird die Frage der historischen Entwicklung der modernen Solidarität aus der römischen berührt. Die Ein-

führung der benef. divisionis und excussionis hätten den Verfall des klassischen Instituts herbeigeführt. Schon bei Papinian (D. 45. 2. 11) sei der Gedanke der mutua fideiussio im Zusammenhang mit der Solidarität erwähnt; auch die umstrittene Novelle 99 sei darauf bezüglich; es sei jedoch falsch, wenn hier Collinet von einer Solidarität des griechischen Rechtes spreche. Die typische römische Solidarität sei den Griechen ebenso wie den Modernen unbekannt. Die „ἀλληλεγγύη" sei, wie schon der Name zeige, eine mutua fideiussio (913/915).

Segrè, G., Lezioni di diritto romano (1921/22), a cura di F. Faldella e F. Mocagatta, Turin 1915 (über die korreale Stipulation), war mir nicht zugänglich.

Akzessorische Parteien.

Cugia, S., L'adjectus solutionis causa (Diritto romano classico-giustinianeo-comune), 1919, pp. 101.

1. Die inhaltsreiche Spezialuntersuchung über den adjectus solutionis causa ist in erster Linie dem klassischen römischen Recht gewidmet. In den einleitenden Abschnitten berührt C. zunächst den historischen Ursprung dieser Institution, den er in sehr alte Zeiten zurückverlegt (p. 8/10). Sodann zeigt er, wie dieses Rechtsinstitut vom römischen Recht her bis in die modernen Gesetzgebungen hinein sich entwickelt und erhalten hat, wie es sich schon bald nicht nur mit einer Stipulation verband, sondern mit jedem Rechtsgeschäft, wie insbesondere das gemeine Recht hinsichtlich der systematischen Auffassung und Stellung des adjectus solutionis causa erhebliche Fortschritte gemacht hat (p. 10/15).

2. In den nunmehr folgenden Abschnitten behandelt der Verf. ausführlich die Rechtsstellung des adjectus s. c. Er kommt hierbei zu zahlreichen neuen und wertvollen Ergebnissen. Er lehnt die herrschende Meinung, die in einem solchen adjectus einen Mandatar sieht, ab und nimmt ein reines Ermächtigungsverhältnis an, wie schon vor ihm, andeutungsweise, de Ruggiero (Ist. II, p. 166); (p. 15/18). Zum Nachweis dieser Ansicht untersucht er mit kritischer Schärfe die traditionelle Quellenlehre, wobei er zur Aufdeckung vieler Interpolationen gelangt, die durch eine gegenüber der klassischen stark veränderte Lehrmeinung der Byzantiner veranlaßt seien. Die Stellen, in denen der adjectus s. c. als Mandatar behandelt werde, D. 45. 1. 131. 1; D. 46. 3. 98. 5; J. 3. 19. 4, seien von den Kompilatoren einschneidend überarbeitet (p. 18/55); diese hätten einerseits die strenge klassische Auffassung verlassen, wonach die an den adjectus bewirkte Zahlung nichts anderes als eine res facti sei, und hätten andererseits das Verhältnis zwischen dem Stipulierenden und dem adjectus, wiewohl es außerhalb der Stipulation liege, herangezogen und zur causa der Stipulation erhoben, um dadurch darzutun, daß diese keinen Vertrag zugunsten Dritter im technischen Sinne enthalte und nicht gegen das Verbot alteri stipulari verstoße; deshalb gerade habe man zur Rechtsfigur des Mandates ex lege

gegriffen und dem adjectus die Stellung eines Mandatares zugewiesen (p. 36/37).

3. Dieses Ergebnis wird weiterhin durch eine Reihe von Einzeluntersuchungen zu dem Verhältnis der adiectio zu dem Parteiinteresse, der mutatio rei, dem diversus locus solutionis und den Formalitäten ihrer Vornahme gestützt. Auch hier werden eine große Reihe von Interpolationen dargelegt, die sich aus den gleichen Gründen wie die justinianische Auffassung der Rechtsstellung des adjectus erklären lassen. Die Fülle des behandelten Stoffes verbietet leider einen auch nur oberflächlichen Bericht.

Nichterfüllung von Schuldpflichten. Verschulden.

Leone, F., La negligenza nella colpa contrattuale ed extracontrattuale, Riv. Dir. Civ. VII, 1915, p. 84ss., war mir nicht zugänglich.

Schuldnerverzug.

Solazzi, S., Mora del convenuto con le azioni adiettizie e mora del fideiussore, Riv. it. sc. giur. 61, 1919, p. 3/24.

Die vorliegende Abhandlung hat S. bereits vor etwa 10 Jahren geschrieben und ist jetzt durch die zum Teil das gleiche Thema behandelnden Ausführungen Riccobonos (dal diritto romano classico al diritto moderno, pp. 614ff.) zu ihrer Herausgabe veranlaßt worden.

1. Nach einer kurzen Einleitung (3/5) behandelt S. ausführlich die Haftung des Bürgen für eigenes Verschulden und eigenen Verzug. Hier zeigt er zunächst die jedenfalls formale Interpolation von D. 22. 1. 32. 5 [sed utilis — *fin*], sowie die Interpolation von D. 38. 1. 44 [at in — *fin*] und von D. 45. 1. 127 [esse autem — *fin*]. Besonders betrachtet er die Fälle, in denen einerseits vom Verzug des Bürgen, andererseits von der Tötung des geschuldeten Sklaven durch den Bürgen gehandelt wird, und deckt auch hier wieder neue Interpolationen auf (D. 45. 1. 88 [sed si — *fin*]; D. 45. 1. 91. 4 [perpetuari placet — *fin*]?; D. 4. 3. 19 gen.; D. 46. 3. 95. 1 [doli] ⟨de dolo⟩ actio non [immerito desiderabitur] ⟨dabitur⟩ aliter . . . . interfecit [quia — fideiussor] . . . (contra Scialoja, Bull. 11, 67ss.; Eisele, SavZ. 30, 145ss.)). Auf diesen Untersuchungen aufbauend, stellt er drei prima vista widerspruchsvolle Theorien über die Bürgenhaftung aus den Quellen fest [mit dem Erlöschen der Hauptverbindlichkeit: Befreiung des Bürgen von der a^io^ ex stipulatu, aber Haftung mit der a^io^ doli (D. 4. 3. 19); oder mittels einer utilis actio (D. 22. 1. 32. 5; D. 45. 1. 49 pr.); oder, im Gegensatz zum bisherigen: Keine Befreiung des Bürgen und Haftung mit der a^io^ ex stipulatu (D. 45. 1. 88; D. 45. 1. 91. 4; D. 46. 3. 95. 1)]; die bisherigen Lösungsversuche billigt er nicht; nur eine historische Erklärung sei möglich, die Annahme einer allmählichen Entwicklung der Bürgenhaftung, die erst im justinianischen Recht zum Abschluß komme: denn die in gewissen Fällen von dem Fortdauern der Verpflichtung des Hauptschuldners unabhängige Bürgenhaftung sei erst kompilatorischen Ursprunges; das gleiche gelte

auch von der a[io] utilis (D. 22. 1 cit.; D. 45. 1 cit.); jedoch handele es sich hier um rein formale Interpolationen: der Klassiker habe hier mit einem anderen Rechtsmittel: der restitutio i. i. geholfen (p. 5/17).

2. Aus diesen Ergebnissen zieht der Verf. nunmehr Rückschlüsse auf die Gestaltung der Haftung des adjektizisch Verpflichteten. In D. 45. 1. 49 pr. liege eine formale Interpolation (utilis a[io]), sachlich hätten die Klassiker auch hier mit einer restitutio i. i. geholfen. D. 22. 1. 32. 3 hält er (aus anderen Gründen als Ferrini und Lusignani) für interpoliert [sive jussu — vel in peculium]; [in filium tamen — praestet]; denn um den hier gegebenen Anspruch in filium durchzusetzen, müsse eine Klage eigener Art angenommen werden, die aber das klassische Recht nicht gekannt habe (p. 17/24).

Schadensersatz.

Leone, F., Compensatio lucri cum damno, Il Filangieri, 71, 1916 pp. 176—217, 356—384.

Die vorliegende Untersuchung ist vor allem dem modernen (italienischen) Recht gewidmet. Jedoch schickt der Verf. eine Darstellung der Vorteilsausgleichung im klassischen römischen Recht voraus (p. 193/207), mit der allein sich dieses Referat beschäftigt.

1. Es werden zunächst die Fälle behandelt, in denen der Vorteil nicht durch dieselbe zum Schadensersatz verpflichtende Ursache hervorgerufen ist, sondern durch eine andere selbständige Handlung. Hier gebe es keine compensatio lucri cum damno; Beweis sei D. 17. 2. 25/26. Hinsichtlich der anscheinend entgegenstehenden Stelle D. 17. 2. 23. 1 teilt er die Ansicht Oertmanns (Vorteilsausgleichung, p. 173ss.), und zu D. 3. 5. 10 führt er unter Hinweis auf D. 3. 5. 15/16 aus, daß es sich hier um mehrere, wirtschaftlich ein Ganzes bildende Tatsachen handelte (analog D. 3. 5. 10), so daß hier von einer echten compensatio l. c. d. nicht gesprochen werden könne (p. 193/194).

2. Die folgenden Ausführungen (p. 194/207) behandeln die Fälle, in denen Schaden und Vorteil aus der gleichen Tatsache hervorgehen. Nach dem Verf. sind alle Stellen, auf die man sich berufen habe, um für das klassische römische Recht eine compensatio l. c. d. darzutun, irrtümlich zitiert, mit Ausnahme von D. 38. 17. 2. 44, deren Echtheit aber bereits bestritten und jedenfalls mehr als zweifelhaft sei. Die einschlägigen Stellen werden der Reihe nach erörtert, und dabei werden wiederholt Interpolationen festgestellt. Wenn es sonach an einem direkten Beweis für die compensatio l. c. d. im klassischen Recht auch fehle, so dürfe doch aus der Nichterwähnung dieses Institutes allein kein Schluß auf dessen Nichtexistenz gezogen werden; das Prinzip der Vorteilsausgleichung sei vielleicht so evident gewesen, daß keiner der Juristen, deren Entscheidungen in den Digesten enthalten seien, einen etwaigen Zweifel zu lösen hatte; dazu fänden sich Beweise, aus denen indirekt auf die Anerkennung der compensatio l. c. d. geschlossen werden könne, so: D. 17. 2. 23/25/26; D. 19. 5. 5. 5; D. 3. 5. 10; D. 26. 7. 39. 14: denn

alle diese Stellen hätten nicht die Notwendigkeit empfunden, die Vorteilsausgleichung ausdrücklich auszuschließen, wenn sie nicht als ein sich von selbst verstehendes Prinzip anerkannt gewesen wäre.

3. Als Endergebnis stellt L. fest, daß das römische Recht die compensatio l. c. d. dann anerkenne, wenn der Vorteil und der Schaden aus ein und derselben Handlung des Schädigers erwachsen sei und wenn der Vorteil einen Vermögenswert besaß (p. 207).

Erfüllung.

Brunetti, G., Confusione e autopagamento nel diritto romano e moderno: fr. 21 § 5 D. 46. 1, scr. giur. vari, I, Torino 1915, p. 122/166, war mir nicht zugänglich.

De Francisci, P., La dottrina bizantina della „datio in solutum" di fronte al materiale papirologico. Aegyptus, I, 1920, p. 302/308.

1. Der Verf. billigt die These, daß die Auffassung der datio in solutum als contractus und ihre Anlehnung an die emptio-venditio byzantinisches Machwerk sei. In der vorliegenden Abhandlung zeigt er summarisch den Ursprung dieser Lehre auf. Er legt dar, daß die Byzantiner, als sie jene These in die Digesten aufnahmen, nichts anderes taten, als einer Tradition zu folgen, die in Griechenland, in den hellenistischen Reichen, im römischen und byzantinischen Ägypten und im byzantinischen Italien verbreitet war und sich vom 3. Jahrhundert vor Chr. unverändert bis in die postjustinianische Epoche erhielt.

2. Zum Beweise dieser Lehre stützt er sich auf die Papyri, die ihm nicht nur den Ursprung gerade dieser in den Digesten wiederkehrenden Anschauung besonders günstig zu erhellen scheinen, die er vielmehr ganz allgemein als vorzügliche Quelle zur Erkenntnis zahlreicher byzantinischer Lehren anspricht. Insbesondere gibt er eine genaue Zusammenstellung aller der Urkunden, die Rabel in seinen „nachgeformten Rechtsgeschäften" bei der Behandlung des gleichen Themas noch nicht verwerten konnte: so weist er zum Nachweis, wie leicht in griechischen Dokumenten Verkauf und datio i. s. sich vermischten, auf P. Grad. 10 und BGU. 914 hin; er zieht ferner die Urkunden heran, in denen äußerlich von einem „Verkauf" zukünftiger Früchte mit vorhergehender Empfangsbestätigung eines nicht angegebenen Preises gehandelt wird, Urkunden, bei denen es sich in Wahrheit um eine datio i. s. gehandelt habe: PRein. 30, PMeyer 7, PHamb. I, 21, PLond. III p. 270 nr. 999, p. 270 nr. 1001, PFlor. I, 65. Weitere einschlägige Urkunden sind nach dem Verf. PClassPhil. I p. 168 nr. III; PTebt. III, 310; PCairo Masp. I, 67116; PapLond. Inv. nr. 1889, col. II, 5. Endlich macht er darauf aufmerksam, daß auch die sublocatio die äußere Form einer venditio annehme, und zwar dort, wo sie an Stelle einer von dem Sublokator geschuldeten Leistung erfolge: PMeyer 12; das gleiche war schon bezüglich PGrenf. III, 33 konstatiert worden.

Scuto, C., Sulla natura giuridica del pagamento, Riv. dir. comm. XIII, 1915, p. 353/373.

Der Verf. untersucht das Problem der juristischen Natur der Erfüllung hauptsächlich im Hinblick auf das moderne Recht. Gelegentlich dieser Studien behandelt er aber auch die Frage der justa causa traditionis im römischen Recht, über die hier allein referiert werden soll (p. 365/371). Die Erklärungsversuche, die zu der justa causa einen titulus und modus acquirendi verlangen, weist er zurück, ebenso auch diejenigen, die in der justa causa nur den auf Eigentumsübertragung gerichteten Willen und dessen Erklärung sehen. Er sieht vielmehr mit Bonfante und Ferrini die solutio, die er als Rechtsgeschäft auffaßt, als die justa causa traditionis an, und nicht den obligatorischen Vertrag, auf Grund dessen die solutio erfolgt, da dessen Existenz oder Wirksamkeit nicht direkt die Wirksamkeit der solutio beeinflusse. Beweis dafür bilde das Vorliegen eines titulus pro soluto und einer condictio indebiti (soluti). Die justa causa sei auch nicht nur ein ökonomischer Begriff, der materiell den Erwerb rechtfertige, sondern auch und wesentlich ein juristischer.

Schuldbefreiungsverträge.

De Ruggiero, R., Sulla formula della stipulatio Aquiliana (Studi in onore di A. Marghieri), 1921, p. 413/426, war mir nicht zugänglich.

Strafversprechen.

Guarneri-Citati, A., Semel commissa poena non evanescit, Bull. XXXII, 1922, p. 241/272.

1. Der Verf. zeigt, wie die Regel „semel commissa" usw. im justinianischen Recht nur scheinbar aufrecht erhalten ist. Er glaubt nachweisen zu können, daß auch hier, wie in vielen anderen Fällen, die Neuerungen der Kompilatoren sich auf eine Transformation des Honorarrechtes in Zivilrecht erstreckten (p. 241).

2. Zunächst weist er auf die analoge Norm: semel commissa stipulatio resolvi non potest hin und macht dabei auf die Interpolation von D. 21. 2. 57. 1 [legatve]; [aut legaverit] und von D. 21. 2. 67 [post tempus] aufmerksam (p. 242/243).

3. Den Grundsatz semel commissa usw. findet er klar ausgedrückt in D. 4. 8. 23 pr., D. 44. 7. 23 (formal itp.), D. 45. 1. 113 [in kalendis Augustis] gl., D. 2. 11. 2 pr. [judicio] sist[i]; [judicio sisti]; [quis enim — *fin*] (244/246). Dieses Prinzip wird nun nach dem Verf. im justinianischen Recht vielfach verlassen, so daß sich tiefgreifende Interpolationen ergeben in D. 19. 1. 47 — D. 45. 1. 5 § 3a; D. 4. 8. 23 pr.; D. 4. 8. 52; D. 4. 8 l. 21, 12, l. 22; D. 13. 4. 10. Aus diesen Stellen entnimmt er, daß die klassische Regel im justinianischen Recht von so vielen Ausnahmen durchsetzt wurde, daß man von einem allgemeinen Prinzip nicht mehr sprechen könne; hier habe vielmehr der Satz gegolten, daß nachträgliche Erfüllung der Obligation von der Verbindlichkeit der

Zahlung der verfallenen poena befreie. Die nachträgliche Erfüllung habe zwar auch schon im klassischen Recht diese Wirkung haben können, aber nur tuitione praetoris, ope exceptionis. Die Regel des klassischen Honorarrechtes sei somit durch Justinian zu einer zivilrechtlichen umgestaltet worden (p. 246/257).

4. In drei Annexen behandelt der Verfasser ausführlich D. 44. 7. 23; D. 19. 1. 47 sowie den Einfluß der exceptio auf die actio im postklassischen und justinianischen Recht (p. 258/272).

Draufgabe.

Carusi, E., Sul fr. 38 del libro di diritto siro-romano, Bull. 28, 1915, 261 ss., wird in diesem Bande anderwärts (oben S. 447 f.) besprochen.

Inhalt und Schutz des Pfandrechts.

Albertario, E., recensione di Ebrard „Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption", Arch. giur. 86, 1921, p. 244/247.

Bei der Würdigung des Ebrardschen Buches hält A. dessen Thesen für so wahrscheinlich gemacht, als dies nach dem heutigen Stand unserer Quellen möglich sei; unbedingte Sicherheit sei nicht erreicht. Ebrards Argument aus der C. constantina (C. Th. 3. 2. 1 = C. Just. 8. 34. 3) hält er neben den allgemeinen Erwägungen, auf denen E.s Auffassung beruht, für die wichtigste Beweisstelle von dessen Meinung. Der These, daß auch in der *παραίτησις ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας* von Modestin ein scholastisches, postklassisches Erzeugnis vorliege, tritt er voll und ganz bei. —

Hervorzuheben ist noch, daß Albertario eine Darlegung der Kriterien, nach denen vorjustinianische, scholastisch-rechtswissenschaftliche Eingriffe in die Quellen von Eingriffen des Gesetzgebers abzugrenzen seien, in Aussicht stellt.

Genf. Erich-Hans Kaden.

Diritto penale.

1. Gesamtdarstellungen.

Emilio Costa. Crimini e pene da Romolo a Giustiniano. Bologna, Nicola Zanichelli [1921], XIV und 227 S.

Ein Repertorium von Problemen des römischen Strafrechts in Form eines glänzend geschriebenen Lehrbuchs der Entwicklungsgeschichte der wichtigsten einzelnen Verbrechenstatbestände, Grundlage und Ausgangspunkt künftiger kritischer Detailforschung. Anordnung des Stoffes kapitelweise in folgenden Abschnitten: Die Zeit bis zu den Zwölftafeln, sodann bis zur Einführung der quaestiones perpetuae und der schließliche Ausgang dieser in der extraordinaria cognitio, dazu eigens eine Übersicht der zahlreichen Vergehen und Strafen der Kaiserzeit unter

besonderer Berücksichtigung des Militärstrafrechts sowie der justinianischen Reformen; an der Spitze ein bibliographischer Abriß. Die Haltung ist durchweg bestimmt durch eine stark konservative Bewertung der altrepublikanischen Literaturquellen sowohl als der spätrömischen Kompilationen. Das hat zur Folge, daß einerseits gewisse Verbrechensindividuen in eine zu ferne Vergangenheit zurückgespiegelt erscheinen, während anderseits für die Erkenntnis der Entwicklung der zahlreichen militärischen und zivilen Deliktstypen innerhalb der sechs Jahrhunderte der Kaiserzeit, trotz manchen wertvollen Ansätzen des Verf. in dieser wie in anderen seiner Schriften, die Hauptsache zu leisten übrigbleibt.

2. Einzelne zeitliche und örtliche Geschichtsabschnitte.

Ettore Pais, Per la storia del più antico diritto penale romano, Ricerche sulla storia e sul dir. pubblico di Roma (Volumi di complemento della „Storia critica di Roma" di Ettore Pais), ser. 4a, 1921, p. 3—31.

In den Nachrichten späterer Quellen über das Hinabstürzen vom Tarpeischen Felsen als Strafe für falsches Zeugnis und Diebstahl begangen durch Sklaven erblickt Verf. nachträglich ein weiteres Indiz für seine viel angefochtene Hypothese von der zeitlichen Entstehung der Zwölftafeln. Er schließt ferner aus byzantinischen Nachrichten auf frühzeitige Anwendung der Zwangsarbeit auch in Rom und bringt die lautumiae und scalae Tarquitiae beim Tarpeischen Felsen damit in Verbindung. Ferner wird von der Kreuzigung und Verbrennung als von alten Strafarten sowie endlich von einem Falle der Übertragung der Strafe auf den Sohn des Delinquenten kurz gehandelt.

Emilio Costa, Cicerone giureconsulto, parte IV: Il diritto e il processo penale, Memorie della R. Accad. delle Scienze dell' Ist. di Bologna, classe di scienze morali, ser. II tomo II, 1917—1918, Sezione di scienze giuridiche, fasc. unico, p. 3—41.

In den beiden Kapiteln Il delitto e la pena (p. 3—26) und I delitti contro la sicurezza dello stato e contro le pubbliche libertà (p. 27—41) hat der jüngst verstorbene Verf. seine dankenswerte Einordnung ciceronianischen Materials in die überlieferten Rechtskategorien zur Vollendung gebracht. Daneben wird das freilich nur auf die Reden sich gründende Werk von Greenidge, The Legal Procedure of Ciceros time, Oxford 1901, seinen vollen Nützlichkeitswert bewahren.

Benvenuto Cessi, Il diritto penale in Venezia prima del Mille, Nuovo Archivio Veneto, periodico storico trimestrale della R. Deputazione Veneta di Storia Patria, Nuova serie anno 17, tomo 33 parte 1, 1917, p. 5—23.

Abhängigkeit, namentlich in dem ständisch abgestuften System der Todes- und Körperstrafen, auch von Byzanz.

Giacomo Lumbroso, A proposito di un errore giudiziario dell' epoca alessandrina, Rendiconti della R. Accademia dei Lincei, ser. 5a, tomo 29, 1920, p. 109—116, war mir nicht zugänglich.

8. Historische Einzelprozesse.

Ciaceri, Emanuele, Processi politici e relazioni internazionali, Ricerche sulla storia e sul diritto romano, pubblicate da Ettore Pais e F. Stella Maranca, II. Roma, Nardecchia, 1918, XI und 435 S.

Der Untertitel „Studi sulla storia politica e sulla tradizione letteraria della repubblica e dell' impero" des Werkes, dessen feinsinnigem Verfasser neuerdings eine reichhaltige Cicerobiographie (Cicerone e i suoi tempi. Vol. I. Dalla nascità al consolato (a. 106—63 a. C.), Milano-Roma-Napoli 1926) verdankt wird, läßt von vornherein erkennen, daß das Gesichtsfeld weit über die kriminellen Besonderheiten hinausreicht, daß das Buch die allgemeinen philologisch-historischen Voraussetzungen auch der strafrechtlichen Einzelerkenntnis behandelt und sich somit dem an dieser Stelle zu erstattenden Bericht nicht eigentlich einfügen läßt. Die Gegenstände der Erörterung sind — Vorarbeiten für die erwähnte Cicerobiographie — die catilinarische Verschwörung, p. 123 bis 168, auch nach den Ergebnissen des Verf. ein Ereignis von verhältnismäßig sehr geringfügiger Bedeutung; ferner die Prozesse, in welche C. Rabirius und A. Gabinius verwickelt waren, p. 169—247; weiter Kaiser Tiberius und der Majestätsprozeß bei Tacitus, Sueton und Dio, p. 249—317; endlich die Verschwörung des C. Calpurnius Piso gegen Nero, p. 363—386, mit einer kritischen Würdigung der Kaiser Claudius und Nero in der Naturgeschichte des älteren Plinius, p. 387—434, sowie in Verbindung mit einer rein historischen Abhandlung über Agrippa I. und die römische Politik gegen Judäa, p. 319—362. Gleichfalls rein geschichtlichen und wirtschaftsgeschichtlichen Charakters sind in der Sammlung die beiden ersten Studien: Über die römische Politik im ptolemäischen Ägypten, p. 1—54, sowie über die soziale, ökonomische und staatsrechtliche Situation der römischen Provinz Sizilien während der 132 v. Chr. durch P. Rupilius und 101/100 durch M.' Aquillius niedergeschlagenen Sklavenaufstände, insbesondere nach Diodor, Livius und Strabon, p. 55—121.

Carlo Pascal, Un volume sui processi degli Scipioni, Athenaeum, studii periodici di letteratura e storia, vol. 3 (1915) p. 451 bis 470.

Anknüpfend an Mommsen, Röm. Forschungen II 417 ex 1886 sowie eigene ältere Liviusstudien repliziert Verf. gegen die Abhandlung von Plinio Fraccaro, I processi degli Scipioni, Studi storici per l'antichità classica, dir. da E. Pais, vol. 4 (1911) p. 217—414. Es dreht sich, auch soweit p. 464 ff. eigentliche Gerichtsverfassungs- und Verfahrensfragen behandelt werden, wesentlich um verschiedene Werturteile über die Liviusüberlieferung.

L. De Regibus, Il processo degli Scipioni, Torino, Bocca, 1921, 46 S., war mir nicht zugänglich.

Ettore Pais, M. Emilio Scauro, i suoi processi e la sua autobiografia, Ricerche sulla storia e sul dir. rom., pubblicate da E. Pais e F. Stella Maranca I: Dalle guerre puniche a Cesare Augusto I, 1918, p. 91—167.

Eigentliche Fortschritte der Erkenntnis der strafprozessualen Gerichtsverfassung und des Verfahrens finden sich auch hier kaum. Verf., der den Gegenstand bereits in den Rendiconti della R. Accad. dei Lincei (cl. sc. storiche) 1901, p. 50ff. behandelt hat, erörtert literaturgeschichtliche Hypothesen über die verlorene Autobiographie seines Helden (RE. art. Aemilius nr. 140) und dessen politischen Verkehr mit Mithridates sowie im Zusammenhang damit über die Lex Varia de maiestate (Rotondi p. 339) und polemisiert gegen Klebs, RE. art. cit. und Münzer, RE. V art. Domitius 1325/26 namentlich auf Grund von Stellen aus Valerius Maximus. Eine Palingenesie der erhaltenen Bruchstücke der Lebensbeschreibung für eine künftige Neuausgabe der Historikerfragmente befindet sich p. 137—154.

4. Allgemeine Lehren.

Emilio Costa, Il conato criminoso nel diritto romano, Bullettino dell' Istituto di dir. rom. 31 (1921) p. 20—28.

Die von Karlowa RRG. II 787/8 bzw. Beseler, Beitr. 1, 47 bewiesenen Interpolationen der Schlußstücke von D. 50, 16, 53, 2 (Paul. 59 ed.) bzw. D. 2, 2, 1, 2 (Ulp. 3 ed.) werden damit erklärt, daß „il legislatore intese di reagire contro la dottrina classica, che ravvisa sufficiente per l'applicabilità della pena la volontà criminosa manifestatasi da atti concludenti di preordinazione e di esecuzione, stabilendo come di regola che pel ricorso di quella fosse necessario il raggiungimento dell' esito criminoso voluto dall' agente, o la violazione del diritto alla cui tutela la legge penale offesa dall' attore criminoso intendeva".

Guiseppe Salvioli, Note per la storia del procedimento criminale, cap. II. Il limite della certezza morale [dell' uomo] nella prova criminale, attî della R. Accademia di Scienze morali e politiche (Società Reale di Napoli), vol. 45 (1918) p. 335—353.

Tatsächlich finden sich lediglich p. 335—339 wenige Zeugnisse, vornehmlich der Konstitutionenliteratur, für die Behauptung, „che i Romani pur non avendo una completa e armonica sistematica trattazione delle prove non si disinteressarono di esse e della loro valutazione".

Giacomo Lumbroso, Lettere al prof. Calderini XI, Ägyptus, Rivista italiana di Egittologia e di Papirologia, dir. da Aristide Calderini, anno 3 (1922) p. 46.

Verf. teilt ganz kurz zwei Lesefrüchte, Plut. Ant. 71 und Galen. 14, 237, mit, da er in derartigen Nachrichten von der Kleopatra zugeschriebe-

nen rasch wirkenden Todesart Rückstände eines in Alexandria allgemein angewendet gewesenen Strafensystems zu erkennen glaubt.

5. Einzelne Verbrechen.

Nino Tamassia, La vendetta nell' antica società romana, Atti del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti 1919—20, tomo 79 parte II^a, p. 1—37.

Anhänger des von ihm auf Mitteis zusückgeführten „metodo di ricostruzione storica delle vere condizioni dell' impero, rispetto al valore reale del secco precetto legislativo" geht Verf. auf der Basis einer sehr beachtlichen Quellensammlung den geschichtlichen Textspuren wie dem sie begünstigenden Milieu der ungesetzlichen Blutrache im römischen Altertum — im Militärwesen, in der Haussklaverei und dem ländlichen Banditentum, in den Proskriptionen, beim wirtschaftlich-politischen Clanwesen, im Pauperismus, in der Zauberei — sorgfältig nach, unter besonderer Berücksichtigung ihres Zusammenhangs mit dem Ehebruch. Freilich werden, wie mir scheint, die Fälle eigentlicher Blutrache nicht immer genügend scharf aus der allgemeinen Kategorie der Tötungsverbrechen ausgeschieden.

Domenico Comparetti, Defissioni di Selinunte e di Cuma, Rend. Accad. Lincei 27, 1918, p. 193—206, war mir nicht zugänglich.

Vgl. jetzt übrigens bei Arangio-Ruiz-Olivieri, Inscriptiones Graecae Siciliae et infimae Italiae ad ius pertinentes, Nr. 22—24.

M. Tarasi, L'adulterio presso i Greci, Rivista abruzzese, 1916, und Vincenzo Arangio-Ruiz, Sul reato di diserzione in dir. rom., Rivista di diritto e processo penale, vol. 10 (1919) parte 1a, p. 138—147, waren mir nicht zugänglich.

Emilio Costa, Il „Crimen vis" nel diritto romano (a proposito di un libro recente). Estratto dal Rendiconto delle Sessioni della R. Accad. delle Scienze dell' Ist. di Bologna, Anno 1917—18, Cl. di Sc. Morali, Sez. Giur., p. 3—13.

Einige Bemerkungen zu Coroï's von Wenger, Krit. Vierteljschr. 1915, 420ff. und SavZ. 37, 343f. besprochener Schrift und zur Ergänzung der ja nicht gerade mit Akribie gearbeiteten Cicerostudien des Verf. Die richtige Auseinanderhaltung der iulischen Gewaltgesetze und der leges iudiciariae des Augustus wird unterstrichen, dagegen die Frage der Einheitlichkeit der vis-Gesetzgebung in der Schwebe gelassen. Außerdem werden ein paar Cicerostellen zur libertas, als dem ἐναντίον des vis-Begriffes, und zur Unterscheidung zwischen vis publica und vis privata — im Sinne der Definition in D. 1, 1, 1, 2 — beigesteuert sowie zu Paul. sent. 5, 26, 1 und in Verbindung mit wenigen Digestenstellen auf Grund von Cicerone giureconsulto IV 26ff. gegen Coroï etwelche nachträgliche Beeinflussung des crimen vis durch das crimen maiestatis behauptet.

Hamburg. Friedrich Ebrard.

Diritto Pubblico: Impero.

Beltrami, Arn., Per il testo di Pap. Giessen 40, Col. I (Constitutio Antoniniana de civitate peregrinis danda), Rivista di filologia e d'istruzione classica 45 (1917), S. 16—23.

Der Verf. schlägt unter Zugrundelegung des Textes von G. Segrè (Bull. d. Ist. 32, 1922, S. 191ff.) für die noch offengebliebenen Lücken Ergänzungen vor.

Cantarelli, Luigi, La serie dei proconsoli e dei prefetti di Constantinopoli, Rendiconti della R. Accad. dei Lincei, V. ser. 28 (1919) S. 51—68.

Bis zur Schaffung der Stadtpräfektur durch Constantius residierte in Konstantinopel ein Prokonsul (ἀνθύπατος). Der Verf. wirft die Frage auf, ob dieser Prokonsul ein städtischer Lokalbeamter oder ein kaiserlicher Beamter war. Auf Grund von Libanius I 38 kommt er zu dem Ergebnis, daß er vom Volk vorgeschlagen, aber vom Kaiser ernannt worden sei. Deshalb habe er einerseits den Titel ἀνθύπατος zu Recht getragen, während andererseits bei dieser Annahme auch die nur bei städtischen Magistraten gebräuchliche Bezeichnung ἄρχων, die ihm Libanius gibt, verständlich sei. — Ohne die Möglichkeit des Ergebnisses leugnen zu wollen, möchte der Ref. bemerken, daß ihm die Beweisführung aus der Libaniusstelle nicht schlüssig erscheint.

Das in der Überlieferung schwankende Datum der Einführung der Stadtpräfektur bestimmt der Verf. im Gegensatz zur herrschenden Meinung nicht auf den 11. XII., sondern auf den 11. IX. 359 (im Anschluß an das Chronicon Paschale, so auch schon Tillemont).

Sodann gibt der Verf. eine Liste der Prokonsuln von Konstantinopel.

Der zweite Teil der Untersuchung im 30. Bd. der Rendiconti war dem Ref. nicht erreichbar.

Cessi, Roberto, Regnum e imperium in Italia dalla caduta alla restaurazione dell' impero romano d'occidente, Ateneo Veneto 40 (1916—1917) fasc. 1. — ist dem Ref. nicht erreichbar.

Cessi, Roberto, Regnum ed Imperium in Italia. Contributo alla storia della costituzione politica d'Italia dalla caduta alla ricostituzione dell' impero romano d'occidente, vol. I, Bologna, Nicola Zanichelli, o. J. (1920), VIII und 222 S.

Dieses geistvolle und elegante Buch versucht, den Kampf zwischen der Idee des imperium Romanum und dem germanischen Volkskönigtum in seinen Einzelheiten zu verfolgen. Es wertet die historischen Vorgänge weniger in ihrer Tatsächlichkeit als in ihrer ideellen Bedeutung. Darin liegt zugleich die anregende Kraft des Werkes und die Gefahr einer konstruktiven Methode beschlossen.

Die umfangreiche Einleitung, in der die Vorgeschichte des Konfliktes zwischen imperium und regnum erörtert wird, beginnt mit einer begrifflichen Klarstellung beider Ideen. Besonders eingehend behandelt

und besonders interessant für den Romanisten ist dabei die Definition des imperium Romanum. C. betrachtet als Grundlage des kaiserzeitlichen Staatsrechtes die Antinomie von imperium und libertas. In der lex de imperio, die nach seiner Meinung seit Vespasian die verschiedenen Bestallungsgesetze des Princeps zu einer Einheit zusammenfaßte, betätigt sich die libertas, um sich zugleich für die Regierungszeit des neuen Kaisers wieder aufzuheben. An dieser Grundlage des Kaisertums habe auch der Übergang des Prinzipats in die diokletianisch-konstantinische Monarchie nichts geändert: er bedeute nur eine rein tatsächliche Umgestaltung des Staatswesens, die nichts an den rechtlichen Grundlagen gewandelt habe. Erst im Zusammenhange mit der Reichsteilung sei eine Weiterentwicklung des Gegensatzes imperium — libertas zu konstatieren. Dem imperium als dem Inbegriff der rechtmäßigen Staatsgewalt habe sich nunmehr der Begriff der Tyrannis entgegengestellt, der insbesondere auf diejenigen weströmischen Herrscher angewendet worden sei, die gegen den Willen von Byzanz zur Regierung gekommen waren oder die eine dem Ostreich unfreundliche Haltung einnahmen. Der Kampf zwischen den byzantinischen Bestrebungen, die Vormachtstellung im Westreich zu erzwingen, und der römischen Tendenz, die an die Vergangenheit anknüpfend dem Westen wenn nicht die Führung, so doch die Gleichberechtigung zu erhalten suchte, dieser Kampf sei der treibende Faktor der ganzen politischen Entwicklung gewesen, die schließlich auf den Untergang des Westreiches hinführte.

Die Vernichtung des westlichen Kaisertums und die Erhebung Odoakars zum König ist Gegenstand des ersten Kapitels der eigentlichen Darstellung (S. 102ff.).

Das zweite Kapitel stellt sodann das „consolidamento del Regnum" dar. Odoakar ist weder König von Italien noch gar König der Römer, sondern nur König der in Italien befindlichen Germanenvölker. Das Verhältnis des römischen Staates zu diesem Germanenkönig ist zunächst völlig unklar. Solange noch eine Möglichkeit der Verständigung mit dem oströmischen Kaiser bestand, hat Odoakar dessen Souverainität anerkannt. Erst als ihm ein Annäherungsversuch mißlungen war, gründete er sein Regiment über die Römer in Italien auf das Recht des Schwertes und suchte ohne Anknüpfung an das Kaisertum eine Ordnung des Verhältnisses zum römischen Staatswesen durchzuführen.

Ihr ist das letzte Kapitel des Bandes gewidmet (181ff.). Nach C.s Darstellung ergab sie eine eigenartige Mischbildung zwischen dem germanischen Königtum und der Stellung eines Funktionärs des römischen Staates. Zusammengefaßt sind beide Elemente unter dem Namen des germanischen rex. Aber wenn somit in der äußeren Form das germanische Element den Vorrang hatte, so lieferte auf der anderen Seite das römische den wesentlichen Inhalt: denn die rechtliche Wirksamkeit des Königs bewegte sich fast ganz in den alten Bahnen des römischen Staatsrechtes. Die römische Verwaltung lief im ganzen ungestört weiter. Unter den Germanen galt zwar grundsätzlich germanisches Recht, doch bestand schon damals, am Beginne der Entwicklung, in Italien wenig

Aussicht, daß das germanische Recht gegenüber dem fester gefügten Recht der römischen Majorität durchdringen werde.

Eine kritische Prüfung ist dem Ref. nur hinsichtlich der Ausführungen über die Natur des römischen Kaisertums möglich. In ihnen zeigt sich, wie sehr der Betrachtungsweise des Verf. die Gefahr einer allzu starken Schematisierung innewohnt. Denn in dem Gegensatz von libertas und imperium kann nicht der ganze Inhalt des kaiserzeitlichen Staatsrechts gefunden werden. Ja man darf sogar zweifeln, ob namentlich in der älteren Zeit des Prinzipats die amtliche Auffassung überhaupt einen solchen Gegensatz anerkannt hat. Nach der Meinung des Ref. stammt die Antithese imperium — libertas vielmehr aus dem Gedankenkreis der senatorischen Opposition, die in der kaiserzeitlichen Geschichtsschreibung in der Regel das Wort führt. — Auch die geringe Einschätzung der Wandlung vom Prinzipat zum Dominat wird man nicht ohne Widerspruch hinnehmen, wenngleich man immer deutlicher erkennt, daß diese Wandlung keine plötzliche Umwälzung, sondern eine schon sehr frühzeitig beginnende Entwicklung gewesen ist, die aus dem Wesen des Prinzipats selbst mit Notwendigkeit folgte.[1])

Fogolari, Guido, Gli „Agoranomi" di Pathyris-Crocodilopolis (Tebaide), Ägyptus 2 (1921) S. 327—336.

Der Verf. gibt eine Liste der Agoranomen des Pathyrites (vom J. 174 bis zum J. 88 v. Chr.). Er versucht, das Verhältnis der nebeneinander amtierenden Agoranomen und Substituten aufzuklären. Es ergibt sich, daß bis 89 v. Chr. der Sitz des Agoranomen in Krokodilopolis war, während in Pathyris nur ein Vertreter residierte. — Die spezifisch juristischen Probleme, die sich an die Agoranomie knüpfen, werden nicht erörtert. Unhaltbar ist die Behauptung (S. 328), daß das Amt eines Agoranomen nur in der Thebais bestanden habe.

Marchetti, Maria, Una nuova iscrizione dei curatores operum publicorum, Bull. della Commissione archeologica di Roma 44 (1916) S. 37—54.

Veröffentlichung einer neugefundenen Inschrift aus der Zeit des Antoninus Pius (J. 152). Auf einer Statuenbasis angebracht, bezeugt sie außer der Dedikation der Statue die Zuweisung des Grundstücks an die liberti und die familia Caesaris Augusti durch die Curatores operum publicorum. — Die Inschrift wird eingehend kommentiert und dabei namentlich auch das Amt der curatores aedium sacrarum et operum publicorum erörtert.

Neppi Modona, Aldo, La vita pubblica e privata degli Ebrei in Egitto, Aegyptus 2 (1921) S. 253—275, 3 (1922) S. 19—43.

Nach einer kurzen Bemerkung über die jüdische Einwanderung in Ägypten behandelt der Verf. zunächst die jüdischen Siedelungen

[1]) Vgl. etwa M. Gelzer, Histor. Zeitschr. 135 (1927), 177.

und ihre rechtliche Natur. Am ausführlichsten spricht er von der alexandrinischen Judenkolonie. Er nimmt an, daß ihre Mitglieder allgemein das alexandrinische Bürgerrecht besessen hätten: diese auf Josephus beruhende Behauptung ist mittlerweile durch den Claudiusbrief des Britischen Museums völlig unhaltbar geworden (s. H. I. Bell, Jews and Christians in Egypt, 1924, 11 ff.). — Nach der politischen Stellung erörtert N. M. das religiöse Leben der ägyptischen Juden und bei dieser Gelegenheit auch ihr Verhältnis zum Staatsoberhaupt (S. 269 f.).

Der zweite Aufsatz (im 3. Bd. der Zeitschr.) beschäftigt sich mit der steuerlichen Lage der Juden, mit den Nachrichten von jüdischen Sklaven, von Juden im Militärdienst und in öffentlichen Ämtern, mit der privatrechtlichen Stellung der Juden, mit ihren Berufen, ihrem Reichtum, ihren Namen.

Die Arbeit trägt im wesentlichen den Charakter einer Materialsammlung und ist großenteils durch die inzwischen erschienene Literatur überholt (vgl. bes. L. Fuchs, Die Juden in ptolem. u. röm. Zeit, 1924).

Segrè, Angelo, Note sul *πολίτευμα* e l' *ἐπιγονή* in Egitto, Aegyptus 3 (1922) S. 143—155.

S. betrachtet als Angehörige der Epigone diejenigen Abkömmlinge von Kleruchen, die keinen oder wenigstens keinen vollen Kleros mehr besitzen. Die Kleruchen sowohl wie die Angehörigen der Epigone sind seiner Ansicht nach in Politeumata organisiert gewesen. Die große Zahl der Perserepigonen in spätptolemäischer und frührömischer Zeit erklärt er daraus, daß die zahlreiche unterste Klasse der Kleruchen, die *ἐπτάρουροι μάχιμοι* (Ägypter), in das Politeuma der Perser aufgenommen worden sei. Bei dieser Annahme findet er es auch begreiflich, daß die Perser so sehr häufig als Schuldner in Darlehensverträgen auftreten. Sie seien eben die ärmste Schicht der Kleruchen gewesen. — In einem Nachtrag polemisiert S. gegen v. Woeß, ZSSt. 43, 176 ff.

Die Herleitung der Perserepigonen von den *ἐπτάρουροι μάχιμοι* ist abzulehnen. Richtiger dürfte die von Pringsheim (ZSSt. 44, 396 ff.) und Tait (Arch. Pap. 7. 175 ff.) vorgeschlagene Erklärung sein. Eine Urkunde, in der anscheinend ein und dieselbe Person Makedon und Perserepigone genannt wird, wird der Ref. demnächst in BGU. VIII, 1741 veröffentlichen.

Segrè, Gino, Di nuovo sull' editto di Caracalla relativo alla concessione della cittadinanza romana e sul papiro di Giessen 40. col. 1, Bullettino del Istituto di diritto romano 32 (1922) 191—211.

Eine sehr eingehende Erörterung der vielen Schwierigkeiten, die sich aus dem schlechten Erhaltungszustande des Gießener Papyrus ergeben. Die Hauptthese des Verf. ist, daß die Worte *χωρὶς τῶν δεδειτικίων* sich nicht auf den Anfang des Satzes *δίδωμι* ff. beziehen könnten, viel-

mehr zu *μένοντος παντὸς γένους πολιτευμάτων* gehörten. Danach wären die dediticii also nicht von der Verleihung des Bürgerrechtes ausgeschlossen gewesen.

S. hat diese Hypothese noch einmal in erweiterter Gestalt in den Studi Perozzi (1925, 137ff.) vorgetragen, und P. M. Meyer hat (diese Ztschr. Bd. 46, 264ff.) die eigene Deutung gegen ihn verteidigt. Inzwischen hat die Literatur sich weiter vermehrt. Neuestens ist sogar der Nachweis unternommen worden[1]), daß der Papyrus gar nicht die Constitutio selbst enthält, sondern nur ein Nachtragsedikt aus dem Jahre 213, wodurch die peregrinischen Einwanderer, die sich auf dem Boden des Reichs niederließen, das Bürgerrecht erhielten.

Tamassia, N., verbum regis franco e auxilii latio romana, Archivio giuridico, 4 a serie, 4 (1922) 3—25.

T. sucht nachzuweisen, daß das verbum regis (bzw. der sermo regis) in den fränkischen Rechtsquellen nicht etwa mit dem Königsfrieden identisch sei, sondern daß es eine Institution römischer Herkunft sei, nämlich die auxilii latio der römischen Volkstribunen, die ihren Weg über das römische Kaisertum (tribunicia potestas) zu den Frankenkönigen gefunden habe.

Dem Ref. ist es nicht möglich, sich über die Schlüssigkeit des Nachweises ein Urteil zu bilden.

Turchi, Nicolo, La civiltà bizantina, Torino, Fratelli Bocca editori 1915, VII u. 327 S.

Bespr. dazu: Zuretti, Bollettino di filologia classica 22 (1915) S. 124—6.

Das Buch dient ausgesprochenermaßen dem Zweck, italienische Kräfte für die Forschung auf dem Gebiet der byzantinischen Kulturgeschichte zu werben. Daher die elegante, etwas popularisierende Darstellungsweise, daher möglicherweise auch die ausgesprochen optimistische Auffassung der byzantinischen Kultur: Der Verf. bemüht sich, Selbständigkeit und Eigenwert nachzuweisen, wo vielleicht doch nur eine eigenartige Verbindung von Resten größerer Vergangenheiten gefunden werden kann. Wenigstens ist dies der Eindruck, den der Außenstehende aus des Verf. eigener Darstellung gewinnt.

Das Buch gliedert sich in sieben z. T. schon früher einzeln und in anderer Gestalt veröffentlichte Kapitel. Das erste Kapitel schildert die Eigenart und die Komponenten der byzant. Kultur: der Verf. versucht hier, Christliches, Griechisches und Orientalisches in ihrer engen Verknüpfung als Grundelemente des politischen und des kirchlichen Lebens von Byzanz darzutun. Freilich erweist er damit eher die Unselbständigkeit als die von ihm so oft betonte Selbständigkeit der byzantinischen Kulturwelt. — Das zweite Kapitel gilt der Wirtschaft des

[1]) Von E. Bickermann, Das Edikt des Kaisers Caracalla in P. Giss. 40 (Berliner Diss.) 1926.

byzant. Reiches, dem Handel und der Landwirtschaft. Hier wird den Rechtshistoriker besonders die Erörterung der sozialen Gesichtspunkte in der byzant. Gesetzgebung und speziell in der justinianischen Gesetzgebung interessieren. Ob freilich aus dem etwas spärlichen Material des Verf. zur justinianischen Kodifikation (S. 85ff.) weitgehende Schlüsse auf soziale Tendenzen gezogen werden können, mag zweifelhaft erscheinen. — Im dritten Kapitel folgt ein Überblick über die politische Geschichte des byzant. Reiches von der Bildung der byzant. Kultur im 4. bis 6. Jahrhundert über die Zeit der vollen Entwicklung bis zum Niedergang. — Das vierte Kapitel schildert die byzant. Literatur an einzelnen charakteristischen Autoren. — Im fünften Kapitel wird die byzant. Religion in ihrere inneren und äußeren Gestalt dargestellt. — Das sechste Kapitel ist ausschließlich einem Lebensbild des Johannes Chrysostomos gewidmet. Hier ist vor allem die weiträumige Skizze des kulturellen Hintergrundes bemerkenswert (L'Oriente romano nel sec. IV, S. 227ff.). — Das siebente Kapitel endlich gibt einen, leider gar zu knappen, Abriß der byzant. Kunstgeschichte.

Als Hilfsmittel wertvoll sind die chronologischen Tafeln am Ende des Werkes und die Literaturangaben auf S. 11ff., wo namentlich die italienische Literatur, auch soweit sie juristische Dinge betrifft, mit großer Vollständigkeit aufgeführt wird.

Die Besprechung Zurettis hebt die Schwierigkeiten hervor, die einer zusammenfassenden Darstellung der byzant. Kultur entgegenstehen. Daraus erkläre sich die Ungleichheit der einzelnen Abschnitte des Werkes. Gelungen sei namentlich das Kapitel über die byzant. Wirtschaft. An der Behandlung der Literatur tadelt Z. (mit Recht!), daß T. statt einer anschaulichen Skizze des Gegenständlichen oft eine bloße Namenreihe gibt. Das Schlußkapitel über die Kunst findet Z. in dieser Hinsicht besser gelungen.

Diritto Pubblico: Amministrazione Finanziaria.

Ciccotti, Ettore, Lineamenti dell' evoluzione tributaria nel mondo antico (introduzione al vol. V della Biblioteca di storia economica), Estratto, Roma, Società Editr. Libr. 1921 (pp. 210).

Dem Ref. war nur die folgende Besprechung zugänglich: Nuova rivista storica 5 (1922) 664—5.

Danach stellt das Werk einen Überblick über den gegenwärtigen Stand der Forschung, einen ersten Versuch der Systematisierung unserer Kenntnis vom antiken Steuerwesen dar. Es will keinerlei eigene Ergebnisse vortragen. Der italienische Rezensent hält das Buch in den Grenzen, die es sich selbst steckt, für gelungen.

Ferrabino, Aldo, Le imposte dirette dei romani in Sicilia (a proposito di Carcopino, Loi de Hiéron). Atene e Roma 1921. 194—201.

F. wirft der Darstellung Carcopinos allzu starke Abstraktion von den tatsächlichen Geschehnissen und allzu großen Optimismus

bei der Beurteilung der römischen Steuersystems vor. Schon die vorrömische lex Hieronica sei keineswegs ein menschenfreundliches Gesetz gewesen, sondern ein Ausbeutungsinstrument in der Hand einer kleinen Zahl von Kapitalisten. In noch höherem Grade gelte das gleiche für das System der römischen Zeit. F. sucht dies an praktischen Beispielen zu erweisen. C. habe den Gegensatz von Kapitalistenschicht und Landbevölkerung verkannt, der bedeutungsvoller sei als der Gegensatz von römischer Herrschaft und Selbständigkeit Siziliens. — Das Letzte dürfte eine Übertreibung sein.

Barbagallo, Conrado, Per la cronologia del P. Fayûm XX, Aegyptus 1 (1920) 348—350.

B. unterstützt die von Dessau (Revue de philologie 1901 p. 785ff.) geäußerte Zuschreibung des in P. Fayûm XX enthaltenen Ediktes über das aurum coronarium an Julian hauptsächlich durch den Nachweis, daß die Jahre des Caesarats auch sonst vielfach nicht den Regierungsjahren der Augusti zugezählt werden (gegen Grenfell u. Hunt, P. Oxy. XIV p. 29).

Bongiovanni, M., Il monopolio del sale ed il vectigal salis a Roma durante la repubblica, Ann. del Istit. di storia del diritto romano di Catania, XIII—XIV, 1914—15.

Cali, R., Sul tributum ex censu, Ann. del Istit. di storia del diritto romano di Catania XIII—XIV, 1914—15.

Beide Arbeiten sind dem Ref. nicht erreichbar.

Cardinali, G., L'amministrazione finanziaria del commune di Pergamo (Memorie dell' Accademia di scienze dell' Istituto di Bologna 10 (1916) S. 181—193. Dem Ref. nicht zur Hand.

Cesano, L., Sulla circolazione delle monete di bronzo nei primi tre secoli del impero romano. Ripostiglio del Testaccio. Roma, Libr. di cultura 1920, 38 S. Dem Ref. nicht erreichbar.

Barbagallo, recensione di Hatzfeld, Les trafiquants italiens dans l'Orient hellénique (1919), Nuova Rivista storica 5 (1921), 653—662.

B. bestreitet die Meinung Hatzfelds, daß mit dem Beginn des 3. Jahrhunderts die Wirksamkeit der italischen Kaufleute im Orient abgenommen habe. Zwar sei im 3. Jahrhundert unbestreitbar ein Niedergang der wirtschaftlichen Blüte Italiens zu verzeichnen, aber darum könne doch der italische Handel nicht völlig aus dem Osten des Reiches verschwunden sein. Das folge schon daraus, daß nach dem Untergang des weströmischen Reiches sofort ein lebhafter Verkehr der italischen Seestädte nach dem Osten hin einsetze.

B. bestreitet weiter die These Hatzfelds, daß die römischen Handelskreise niemals größeren Einfluß auf die Politik gehabt hätten. Er meint: wenn die Beweisführung H.s den Anschein der Richtigkeit erwecke, so sei das lediglich eine Folge der falschen Abgrenzung, die er

seinem Stoffe gegeben habe: er habe nämlich die wirklich einflußreichen Kreise, die großen Kapitalistenvereinigungen von der Behandlung ausgeschlossen.

Lanciani, Rodolfo, I portici del foro olitorio e il tesseramento delle derrate nell' antica Roma, Bullettino della Commissione archeol. communale di Roma 45 (1917), 168—192.

Da die Arbeit ausschließlich topographische Fragen behandelt, glaubt der Ref. von einer Darlegung der verwickelten Ergebnisse absehen zu sollen.

Levi, M. A., Note sul tesoro ateniese nel V secolo av. Cr., Atti R. Accad. d. scienze di Torino 56 (1921), 113—123.

Der Verf. widerspricht der von Keil aus dem Anonymus Argentinensis abgeleiteten und von Beloch (Gr. Gesch.[2] II 328ff.) wiederum erörterten Meinung, daß der Schatz des ersten attischen Bundes bei seiner Überführung von Delos nach Athen (i. J. 454/3) eine Reserve von 5000 Tal. enthalten habe, aus paläographischen (s. Wilcken, Herm. 42, 387f.) und aus allgemeinen Erwägungen heraus.

Die ἀπαρχή, deren Abrechnungen zugleich mit der Übersiedelung des Schatzes beginnen, sei eine Opfergabe an Athene als die Beschützerin des Schatzes. Der Bundesschatz sei zunächst nicht gemeinsam mit dem Tempelschatz der Athene verwaltet worden.

Das sog. Kalliasdekret setzt der Verf. ins Jahr 438.

Maroi, Fulvio, L'imposta sui fabbricati di Alessandria al IV secolo di Cr., Bull. de la Société archéologique d'Alexandrie 1921, S. 36—46. Dem Ref. nicht erreichbar.

Pais, Ettore, L'aumento dell' oro e l'erario romano durante la repubblica: perchè i Romani limitarono lo sfruttamento delle miniere in Italia?, Rendiconti della R. Accad. dei Lincei, cl. di sc. morali, storiche e filologiche, ser. V, 25 (1917), 41—65.

Der Verf. geht von der Betrachtung von Plin. nat. hist. III 138, XXXIII 78, XXXVII 202 aus. Danach war die Ausbeutung der oberitalischen Goldminen durch Senatuskonsult und zensorisches Edikt in starkem Maße eingeschränkt. P. vermutet, daß diese Beschränkung im Beginn des 1. Jahrhunderts v. Chr. eingeführt worden sei, also gleich nach der Okkupation des Landstrichs. Der Grund der Maßnahme sei gewesen, daß der damals noch auf rein agrarischer Grundlage ruhende römische Staat den Goldumlauf in dem neugewonnenen Gebiet einschränken und die Wirtschaft auf die Stufe der eigenen Agrarwirtschaft habe zurückschrauben wollen.

Sacchi, A., Vectigalia in: Digesto Italiano, Enciclopaedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza, vol. 24. S. 268—9, Turin 1915.

Enthält nur eine Inhaltsangabe von D. 6. 3 und D. 39. 4. 7ff. — Die Kodextitel 4. 61 und 62 sind kurz erwähnt.

Segrè, Angelo, Moneta bizantina, Rendiconti R. Istituto Lombardo 53, 1920, 296—332.

Ders., Kainon Nomisma, Moneta imperiale circolante in Egitto da Claudio II a Costantino, Memorie della R. Accademia del Lincei, cl. di scienze morali, storiche e filologiche 37, 1920, 95—114.

Ders., Circolazione monetaria e prezzi nel mondo antico ed in particulare in Egitto, Roma, Libreria di cultura 1922 (= Rassegna numismatica XIII), 176 S.

Die beiden ersten dieser Arbeiten Segrès tragen rein numismatischen Charakter. Sie sind Vorarbeiten für die dritte, umfassendere und mehr der Wirtschaftsgeschichte zugewandte Studie.

„Kainon Nomisma" nennt S. im Anschluß an den Sprachgebrauch der Papyri die kleinen, schwach versilberten (2—4 %), Bronzemünzen seit Claudius Gothicus. Er zeigt an Hand der Papyri, daß sie ein schwankendes Verhältnis zum Goldsolidus hatten, das in jedem Falle sehr viel ungünstiger war, als Mommsen auf Grund einer irrigen Interpretation des fr. v. Helateia (ed. de pretiis rerum venalium *περὶ χρυσοῦ*) angenommen hat. Die sog. Doppel-folles mit dem Zeichen XX—I bzw. KA bestimmt S. als 20-Denar- (80-Drachmen-) Stücke. — Cod. Th. 9. 23. 1 bezieht er auf die kleinen, unter Konstantin geschlagenen, versilberten Bronzen mit dem Zeichen X (10 Denare), in denen er nummi decargyri und centenionales sieht, und auf die diokletianischen 20-Denar-Stücke, welche er für die pecunia maior (oder maiorina, vgl. C. Th. 9. 21. 6) hält.

Der Aufsatz über die „Moneta bizantina" behandelt die seit Julian geltende Währung. Ihre Grundlage ist der Goldsolidus von 24 *κεράτια* (Recheneinheit!); er enthält $^1/_{72}$ Pfund oder 4 scrupuli Gold. Die Haupteinheit unter den Kupfermünzen ist der follis (= 8 Drachmen, 1500 folles = 1 Talent). Seit Justinian sind 180 (Kupfer-) folles = 1 solidus. Ein Silber-follis (Recheneinheit!), wie er in den juristischen Texten oft begegnet, umfaßt dagegen 125 miliarenses. Der miliarensis (*μιλιαρήσιον*) ist die gebräuchlichste Silbereinheit. 14 miliarenses, seit Justinian (?) 12, gehen auf einen Solidus. — In Ägypten hat sich bei der Kupfereinheit des follis zu 4 Assen zu 10 *νουμμία* das Einteilungsprinzip der älteren Währung erhalten (vgl. S. 310f., 323ff.), und in Italien kursieren zur Zeit Justinians vandalische Münzen, die ebenfalls die Einteilung des *καινὸν νόμισμα* bewahren (S. 318f.). — Zum *ζυγοστάτης* und den damit zusammenhängenden Begriffen in Papyri und Rechtsquellen vgl. S. 300.

Das Buch über die „Circolazione monetaria" beginnt mit einer Einleitung, die im wesentlichen methodischen Fragen gewidmet ist: Sie berichtet über die Quellen (S. 5—7), hebt den Gegensatz der Problemstellung zur normalen Methode der nationalökonomischen Forschung hervor (S. 8—9) und gibt einen Überblick über die wirtschaftlichen, vor allem über die landwirtschaftlichen Verhältnisse Ägyptens. Endlich orientiert sie über die in Aeg. im Laufe der zu behandelnden Zeit geltende Währung (S. 13—22).

In einem zweiten Abschnitt (S. 22—44) wird die Kaufkraft des Geldes für die Zeit von Alexander bis auf Claudius Gothicus und von Julian bis zur arabischen Eroberung dargestellt, indem die Preise der Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände und der Löhne in ihrer Entwicklung verfolgt werden.

Die Zeit zwischen Claudius Gothicus und Julian hat der Verf. in einem dritten Abschnitt besonders eingehend behandelt, weil hier die bisher noch ungeklärten Währungsverhältnisse eine weitergreifende Untersuchung erforderten. Der Verf. füllt mit dieser Untersuchung zugleich eine Lücke zwischen den beiden oben besprochenen numismatischen Arbeiten aus. Wenn das Ergebnis, das er mit Hilfe der in den Papyri erhaltenen Preisangaben gewonnen hat, richtig ist, so enthüllen sich in jener Zeit außerordentlich interessante Geschehnisse, die ganz auffallend an unsere jüngste Vergangenheit erinnern. Durch übermäßige Emission minderwertiger Billonmünzen und durch stetiges Hinaufsetzen des Nominalwertes der einzelnen Stücke wurde der Wert der Goldmünzen im Verhältnis zur Einheit der Billonwährung auf eine phantastische Höhe hinaufgetrieben. Im Unterschied zur modernen Parallele zerstörte dieser Prozeß aber nicht die in der minderwertigen Münze angelegten Vermögenswerte, sondern nur die in Billonwährung ausgedrückten Forderungen, weil ja nur die Recheneinheit, nicht die Münze in vollem Umfang der Entwertung ausgesetzt war.

Der ausführlichen Behandlung Ägyptens folgt ein knapper vierter Abschnitt über die Preise in Griechenland und Italien.

Eine Zusammenfassung am Ende der Darstellung beleuchtet die Wechselbeziehungen von Geldumlauf und Warenpreisen (S. 83—94) und von Warenpreisen und Zinshöhe (S. 95—96).

Das Gerippe der ganzen Arbeit und ein wertvolles Hilfsmittel für den Papyrologen bilden die zahlreichen Preistafeln auf S. 100—173.

Der Ref. muß sich jeder Äußerung über die Richtigkeit der von S. vorgetragenen Lehren enthalten. Nur auf eine Äußerlichkeit möchte er hinweisen: Vor allem in den beiden numismatischen Aufsätzen ist ihm die Häufigkeit von störenden Druckfehlern[1]) und falschen Zitaten[2]) aufgefallen; sie erschwert die Lektüre der ohnehin nicht leicht geschriebenen Untersuchungen außerordentlich.

Sogliano, Antonio, Fabri subaediani, Atti della Accademia Pontaniana, vol. 51, Napoli 1921, S. 119—122.

S. deutet die auf Inschriften ziemlich häufige Bezeichnung von Handwerkern als „subaediani" dahin, daß diese Leute in der Nähe eines

[1]) Z. B. muß es in „Kainon Nomisma" S. 104, letzte Zeile, doch wohl 20 Denare, nicht 10 heißen. Ebenso müssen S. 99 die Angaben über den Silbergehalt in der Liste falsch sein, wenn anders ich den Zusammenhang richtig verstehe.

[2]) Ein paar Beispiele aus „Moneta bizantina": S. 299 muß es statt Cod. Just. IV 64, 4 heißen IV 64, 2; S. 300 Anm. 5: Cod. Theod. XL (!) 7, 1 (soll heißen XII 7, 1); in ders. Anm.: Cod. Just. XII 62 soll heißen XII 6, 2; in Anm. 6: X 71, 1 (richtig X 71, 2); S. 305: Cod. Theod. XIX (?) 4.

Tempels (aedes) zu stehen und auf Arbeit zu warten pflegten. Die gleiche Gewohnheit könne man heute noch in Neapel beobachten. Anders hatte Mommsen (Bull. dell' Ist. di corr. archeol. 1853, 30) und mit ihm die Mehrzahl der Erklärer das Wort subaedianus verstanden: er deutete es i. S. von sub tecto und nahm an, daß die f. s. im Hause, nicht unter freiem Himmel arbeiteten.

Sogliano, Antonio, Anagrafe e catasto nell' antica Pompei, Nuova rivista storica 5 (1922) S. 410—433.

Im Anschluß an mehrere Aufsätze von M. della Corte [Neapolis 2, 153—201; 3, 305—341; Rivista Indo-greco-italica 3, 111—127; 4, 109 bis 122) stellt S. die Methode, mit der die heutige Forschung die Bewohner der einzelnen Häuser Pompejis zu identifizieren versucht, an Hand von einzelnen Beispielen dar. Gegenstände von spezifisch juristischem Interesse sind in dem Aufsatz nicht behandelt.

Costanzi, Vincenzo, recensione di Tenney Frank, An economic history of Rome to the end of the Republic, 1920, Rivista di filologia e d'istruzione classica 1922, 248ff.

C. polemisiert gegen die Annahme einer längeren Herrschaft der Etrusker in Rom und gegen die von Fr. gebilligte Hypothese Koertes, daß die Etrusker zur See in Italien eingewandert seien. Ebenso sei die Vorstellung unrichtig, die Frank von der Entstehung der Plebs hat. Er verkenne, daß sich im Ständekampf nicht das Proletariat, sondern die reich gewordene plebeische Oberschicht durchgesetzt habe.

Segrè, Angelo, Circolazione tolemaica e pretolemaica in Egitto, Rivista Numismatica 33, 1920, 5—70. Dem Referenten nicht zur Hand.

Freiburg i. Br. W. Kunkel.

Weitere Büchereingänge.

Bis zum 1. Oktober 1926 sind ferner folgende Schriften eingegangen, die zum Teil künftig besprochen werden sollen. Unbesprochen bleiben regelmäßig gemäß dem Herkommen der Zeitschrift solche Schriften, die als Aufsätze in einer Zeitschrift erschienen sind oder vorwiegend didaktischen Zwecken dienen. Für nicht erbetene Zusendungen übernimmt die Redaktion keine Verpflichtung zur Besprechung oder Rücksendung. Eingänge, die aus dem Bereich der Romanistischen Abteilung völlig herausfallen, werden an dieser Stelle nicht aufgeführt.

Bernhard Kübler, Geschichte des Römischen Rechts. Ein Lehrbuch. Leipzig-Erlangen, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung. 1925. X u. 459 S.

Heinrich Siber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung. I. Römische Rechtsgeschichte. Berlin, Hermann Sack. 1925. 92 S.

Fritz Schulz, Texte zu Übungen im römischen Privatrecht I. Bonn, A. Marcus' und E. Webers Verlag. 1925. 32 S.

I. Henri Hijmans, Romeinsch Zakenrecht. Tweede, geheel herziene Druk (Römisches Sachenrecht, 2. ganz umgearbeitete Auflage). Zwolle, W. E. J. Tjeenk Willink. 1926. XII u. 328 S. — Klare Elementardarstellung mit mancherlei selbständigen Ansichten.

Richard Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Interpolationen in den griechischen Rechtsquellen. Berlin, Georg Stilke. 1926. VIII u. 202 S.

Ludwig Wahrmund, Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Prozesses im Mittelalter. IV. Band. Heft I: „Excerpta Legum edita a Bulgarino Causidico". — Heft II: Die Summa „Quicumque vult" des Johannes Bassianus. — Heft III: Die Summa „De actionum varietatibus" des Placentinus. — Heft IV: Die „Summa de ordine iudiciario" des Magister Damasus. — Innsbruck, Universitäts-Verlag Wagner. 1925/26.

Paul Collomp, Recherches sur la chancellerie et la diplomatique des Lagides (Publications de la Faculté des Lettres de l'Université de Strasbourg, fasc. 29). Paris, Société d'édition: Les Belles Lettres. 1926. VIII u. 245 S.

Valentino Capocci, La „Constitutio Antoniniana" Studi di papirologia e di diritto pubblico romano. (Memorie della R. Accademia Nazionale dei Lincei. Anno 322 Serie VI. Vol. I Fasc. I.) Roma, Bardi 1925. 136 S.

Cambridge Legal Essays, written in honour of and presented to Doctor Bond, Professor Buckland and Professor Kenny. Cambridge, W. Heffer and Sons Ltd. 1926. VIII u. 331 S.

Willi Heffening, Beiträge zum Rechts- und Wirtschaftsleben des islamischen Orients. — Band I: Das islamische Fremdenrecht bis zu den islamisch-fränkischen Staatsverträgen. Eine rechtshistorische Studie zum Fiqh. Hannover, Orientbuchhandlung Heinz Lafaire. 1925. XX u. 220 S. — Das Fremdenrecht der älteren islamischen Epoche (bis etwa 1150 n. Chr.) wird zuerst dogmatisch dargestellt und dann auf seine geschichtlichen Quellen und Entwicklungstendenzen hin beleuchtet. Die Tatsache, daß der junge Islam viele Einrichtungen in Recht und Wirtschaft, die er in den eroberten Ländern vorfand, beibehielt, bestätigt sich bei der Behandlung derjenigen Fremden, die als vorübergehend im Inlande sich aufhaltend *(musta'min* im Gegensatz zu den ansässigen Ungläubigen *dimmī)* Staatsschutz *(amān)* genießen. Insbesondere lassen sich die Geleitbriefe (95f.), Ausfuhrverbote (107; C. Just. 4, 41, 1. 2) und einige Erscheinungen im Zollwesen (108ff.), soweit sie im Westen des Kalifenreiches auftreten, auf die römisch-byzantinische Verwaltungspraxis in Syrien und Ägypten zurückführen. Ferner entspricht es der justinianischen Ordnung, daß sich im Verkehrsrecht das Territorialitätsprinzip durchgesetzt hat, während im Familien- und Erbrecht das Personalitätsprinzip herrscht. Auch behalten Christen und Juden eine gewisse Eigengerichtsbarkeit (118ff.).

In memoriam.

Fast an demselben Tage, Ostern (4. und 6. April) 1926 haben Adolf Wach (geb. am 11. September 1843) und Franz Klein (geb. am 24. April 1854) ihr Leben vollendet. Die Gesamtpersönlichkeit der beiden großen deutschen Juristen zu würdigen, ist nicht die Aufgabe dieser Zeitschrift. Aber Recht und Pflicht hat sie, ihrer zu gedenken. Denn beide sind sie in jungen Jahren durch die Schule der römischrechtlichen Wissenschaft gegangen, der sie viel verdanken und die auch ihnen manches zu danken hat. Wachs Neigung und Eignung zu rechtsgeschichtlicher Betätigung erweist sich an der berühmt gewordenen Schrift über den italienischen Arrestprozeß (1868) und auf dem Gebiet des reinen römischen Rechtes an der Bearbeitung der letzten Ausgaben von Kellers Römischem Zivilprozeß (1876 und 1883). „Sein Leben lang" bezeugt Richard Schmidt, Z. f. Deutschen Zivilprozeß Bd. 51 S. II „haben die römischen Quellen in seinem Arbeitsrüstzeug die erste Stelle eingenommen." Noch unmittelbarer hat sich Klein romanistisch betätigt. Sein tiefdringendes Buch über Sachbesitz und Ersitzung (1891) gehört zu den Erscheinungen der vorkritischen Zeit, die noch uns Heutigen etwas zu sagen haben — mehr als man gemeinhin annimmt.

Richard Maschke wurde am 6. Dezember 1862 in Bischofsburg (Ostpreußen) geboren. Zuerst studierte er alte Geschichte und klassische Philologie (Dr. phil. 1884), alsdann nach Jahren des Forschens und Reisens Jurisprudenz (Dr. jur. 1898). In Kiel wurde er 1901 Privatdozent für römisches Recht, 1917 außerordentlicher und 1920 ordentlicher Professor. Am 28. Februar 1926 ist er gestorben. Maschke war eine eigenartige, in sich gekehrte Natur, die fern von der breiten Heerstraße ausgefahrener Probleme sich vornehmlich auf dem Grenzlande zwischen antiker Philologie und Rechtswissenschaft bewegte. Der unermüdlichen Arbeitsamkeit entspricht die veröffentlichte Produktion nicht ganz. Übergroße Gewissenhaftigkeit im Kleinsten, Hemmungen äußerer und innerer Art standen entschlossenem Abschließen im Wege. In dieser Zeitschrift hat er wohl niemals etwas erscheinen lassen. Seine rechtshistorischen Arbeiten behandeln griechisches wie römisches Recht. Beide Rechte betrifft der „Freiheitsprozeß im klassischen Altertum" (1888). Es folgen dann insbesondere die „Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems" (1903) und „Zur Theorie und Geschichte der römischen Agrargesetze" (1906). Zuletzt beschäftigte ihn die „Willenslehre im griechischen Recht". Dieses gewichtige Werk — nicht ganz vollendet 1926 nach dem Tode herausgegeben — wird in dem nächsten Bande besonders besprochen werden.

E. L.

Am 27. Oktober 1925 verschied in Dorpat Karl Wilhelm von Seeler, Professor des römischen Rechts an der Universität Tartu (Dorpat) in Estland. Geboren war er in Riga am 18. März 1861. 1882—86 studierte er in Dorpat Rechtswissenschaft, wo er im Jahre 1885 für die Abhandlung „Die Urkundenfälschung nach deutschem Recht" die goldene Preismedaille erhielt. Im Januar 1886 wurde ihm der Grad eines cand iur. erteilt und er ließ sich in Riga als Auskultant beim rigischen Rat nieder. 1887 wurde er auf Vorschlag der Dorpater Juristischen Fakultät vom Russischen Ministerium der Volksaufklärung in das von diesem an der Berliner Universität gegründete Romanistische Institut delegiert, wo er unter der Leitung der Professoren Dernburg, Eck und Pernice sich dem Studium des römischen Rechts widmete. 1891 wurde er in Dorpat zum Magister des römischen Rechts promoviert und bald danach vom Minister der Volksaufklärung zum Privatdozenten an der Universität Charkow ernannt, wo er 1895 zum stellvertr. a.o. Professor aufrückte. 1896 in Kiew an der Universität des heiligen Vladimir Doktor des römischen Rechts geworden, wurde er dort 1897 zum ordentlichen Professor ernannt. Im selben Jahre verehelichte er sich in Stockholm mit Ingrid Gunhild Rickert, Tochter eines Professors in Uppsala, die aber schon nach fünf Jahren kinderloser Ehe starb. Inzwischen (1901) hatte sich Seeler an der Universität Berlin für römisches Recht und deutsches bürgerliches Recht habilitiert. 1902 wurde er a.o. Professor in Berlin, 1912 ordentlicher Professor des baltischen Rechts an der Universität Dorpat, 1913 ordentlicher Professor des römischen Rechts an der Universität Petersburg. Der Weltkrieg überraschte Prof. Seeler im Harz, und erst im Oktober gelang es ihm, nach Rußland zurückzukehren. Das rief Feindseligkeiten bei einem Teile seiner Kollegen und in der russischen Presse hervor und so wurde er schließlich 1916 „mit einem Lehrauftrage" an die Universität Tomsk nach Sibirien verwiesen. Nach Ausbruch der russischen Revolution kehrte er nach vielen schweren Erlebnissen nach Petersburg zurück, wo er sich als Privatgelehrter betätigte, bis er 1921 die Erlaubnis zur Ausreise nach Estland erhielt, obwohl er schon 1920 zum Professor an der neugegründeten estnischen Universität Tartu (Dorpat) gewählt worden war. Er hielt hier Vorlesungen über römisches Recht und estländische Rechtsgeschichte und war somit in diesen Fächern der erste Professor an der estnischen Universität Tartu, zugleich der beste damalige Kenner des baltischen Privatrechts in seiner historischen Entwicklung.

Wilhelm von Seelers wichtigste Werke sind: die Mag.-Diss. „Zur Lehre von der Konventionalstrafe nach röm. Recht". — Die Doktor-Diss. „Die Lehre vom Miteigentum nach röm. Recht" (russisch und deutsch). — „Das Miteigentum nach dem BGB. für das deutsche Reich" 1899. — „Das publizianische Edikt" Z.Sav.-St. Bd. 21 Rom. Abt., 1900. — „Vollmacht und Scheinvollmacht", Archiv für Bürg. Recht Bd. 28, 1906. — „Glossen zur Praxis des Reichsgerichts", 1908. — „Der Entwurf des russischen ZGB.", 1911. — „Estländische Rechtsgeschichte". Tartu, 1923, lithogr. — „System des römischen Privatrechts", Grundriß

zu Vorlesungen, Dorpat, 1924. — Seelers umfangreiches Lebenswerk, ein System des römischen Rechts, ist druckfertig; die Verlagsverhandlungen werden von den Erben hoffentlich fortgeführt werden. Das Manuskript befindet sich in Händen seines Neffen Dr. med. Rudolf Seeler in Riga.

Leo Leesment,
Wiss. Stipendiat an der Univ. Tartu (Dorpat).

Mit Paul Frédéric Girard (26. Oktober 1852 bis 11. Oktober 1926) ist der Gelehrte dahingegangen, der um die Jahrhundertwende bis etwa zum Kriegsbeginn die Wissenschaft vom römischen Recht in Frankreich am sichtbarsten repräsentiert hat. Sein monographisches Schaffen beginnt mit Studien zur Rechtsmängelhaftung des Verkäufers und zu den actiones noxales. Weiterhin wird es durch Probleme der Geschichte der Rechtsquellen und zuletzt auch der der Rechtswissenschaft charakterisiert. In der Mitte (1901) steht der die ersten sechs Jahrhunderte Roms umfassende erste und einzige Band einer groß angelegten Histoire de l'organisation judiciaire des Romains. Diese Arbeiten, die der Verfasser, soweit sie nicht selbständig erschienen waren, in den Mélanges de droit romain (I 1912; II 1923) gesammelt und vermehrt hat, haben durch die Gewissenhaftigkeit ihrer Quellen- und Literaturverwertung und durch die Eindringlichkeit und Durchsichtigkeit ihrer Darstellung sich allenthalben Beachtung erworben, doch sind sie wegen ihres häufig (vgl. z. B. die Rolle des Magistrats in der legis actio) stark konservativen Standpunktes nicht ohne Widerspruch geblieben. Girards Bedeutung beruht überhaupt nicht in erster Linie auf seiner Einzelforschung, sondern auf seinem ungewöhnlichen Talent zur systematischen Gesamtdarstellung, zur wissenschaftlichen Organisation und zur Heranbildung eines Nachwuchses. Sein Hauptwerk, der Manuel élémentaire de droit romain, der von 1896 ab sieben Auflagen erlebte, wurde dank seinem pädagogischen Geschick, seiner Reichhaltigkeit und Zuverlässigkeit bald zum verbreitetsten Lehrbuch in Frankreich; durch Übersetzungen fand er den Weg insbesondere nach Deutschland (R. v. Mayr 1908) und Italien (Longo 1909). Daß er bei uns so starken Einfluß gewonnen hat, verdankt er nicht zum mindesten der allgemeinen geistigen Einstellung, die weniger durch eleganten Schwung als durch nüchterne Gründlichkeit zu wirken sucht und uns deshalb hier und da vielleicht noch unmittelbarer anspricht als der Elan Rudolf Sohms. Allzu erstaunlich ist das nicht. Denn wissenschaftlich ist Girard vorwiegend durch die deutsche Schule gegangen. Mommsen zumal war sein bewundertes Vorbild. Das römische Staatsrecht hat er selbst in sieben Bänden übersetzt, die französische Ausgabe von Otto Lenels Edictum perpetuum (durch Peltier 1901) geht auf seine Anregung zurück, die fünfmal aufgelegten Textes de droit romain stützen sich vorwiegend auf die Editionen von Bruns, Mommsen, P. Krüger und anderen deutschen Forschern. Diese planmäßige Erschließung deutscher Ergebnisse ist eine der Wurzeln, aus denen heraus Girard es vermocht hat, die Romanistik in seinem Vaterlande zu neuer Blüte zu bringen und eine treffliche Schule zu be-

gründen, von der die ihm zum 60. Geburtstag überreichten Études d'histoire juridique (2 Bände) ein schönes Zeugnis ablegen. Die Wechselwirkung blieb nicht aus. Unter den Gelehrten, die ihm zum gleichen Anlaß die Mélanges P. F. Girard darbrachten, waren die bedeutendsten deutschen Namen vertreten, Paul Krüger widmete ihm die 2. Auflage seiner Quellengeschichte, Heidelberg hatte ihn schon früher ehrenhalber zum Dr. jur., Breslau zum Dr. phil. promoviert. Umgekehrt beteiligte sich Girard 1907 an der Festschrift für E. I. Bekker, und unsere Zeitschrift sah ihn wiederholt (Bd. 14, 29, 34) unter ihren Mitarbeitern. Nicht mit Unrecht hat man ihn damals den Vermittler zwischen Europas Romanisten genannt. — Eine Bibliographie der bis 1912 erschienenen Schriften ist in den genannten Études enthalten.

Mitglied des Institut de France, Directeur à l' École des Hautes Études und wie Girard Mitherausgeber der Revue historique de droit français et étranger war Bernard Haussoullier, der, 73 Jahre alt, am 25. Juli 1926 verstorben ist: einer der umsichtigsten Herausgeber und geistvollsten Deuter griechischer Inschriften. Von Haus aus Altertumsforscher und ohne eigentliche juristische Ausbildung, zog ihn griechisches Rechtsleben, insbesondere das öffentliche Recht immer mehr in seinen Bann. Aus der Fülle seiner zahlreichen Schriften[1]) berührt den Rechtshistoriker am unmittelbarsten der in Gemeinschaft mit R. Dareste und Th. Reinach veranstaltete Recueil des Inscriptions juridiques grecques (1891—1904). Über die vortrefflichen Editionen des Rechtshilfevertrages zwischen Delphi und Pellana (1917) und des Intestaterbrechtsgesetzes von Europos (1923) sind die Leser der Zeitschrift durch Partsch (43, 578ff.) und Koschaker (46, 297ff.) unterrichtet.

E. L.

Emilio Costa (1866—1926). Obwohl Costa an dieser Zeitschrift nicht mitgearbeitet hat, will sie des großen Fachgenossen kurz gedenken. Einen ausführlichen Nekrolog wird ihm bei der Gedenkfeier seiner Universität Giuseppe Brini widmen, der in Parma sein Lehrer gewesen war und in Bologna seit 1892 sein Kollege und verehrter älterer Freund wurde. Mir lag ein auf Brinis Mitteilungen gestützter Nekrolog eines Costa-Schülers Albertoni vor, der in Einzelheiten mein Wissen um Costa ergänzte[2]), mit dem seit 1892 Schriftenaustausch und Briefwechsel, seit einem längeren Besuch in Bologna 1900 herzliche Freundschaft mich verband.

Costas Vater, dem er 1889 seine Erstlingsschrift und wieder 1901 seine Storia del diritto romano privato widmete, war ein angesehener

---

[1]) Überblick: Rev. de philologie 1926, 116ff.

[2]) Die Liste von Costas rechtsgeschichtlichen Publikationen umfaßt 95 Nummern. Am bedeutendsten: Papiniano (4 B. 1894—1899), Cicerone giureconsulto (Berichte der Accademia di Bologna 1906—1919, Neuauflage in 2 B. im Druck), Storia del diritto romano privato (2 B. 1901—1903, letzte Aufl. 1925), Storia delle fonti del dir. Rom. (1909), Storia del diritto romano pubblico (1906, 2. Aufl. 1920).

Richter in Parma, wo Costa studierte, promovierte und sich im Herbst 1891 habilitierte, um dann in Bologna nach mehreren glänzendsten „concorsi" das Extraordinariat und 1897 das Ordinariat zu erlangen, und zwar den für ihn geschaffenen ersten und damals einzigen italienischen Lehrstuhl für die Geschichte des römischen Rechts. So verlief sein Leben zwischen Parma und Bologna (ganz wie das Ferrinis zwischen Mailand und Pavia!), und so erfolgte auch nach der Trauerfeier in der alten Universitätskirche die Überführung „alla sua nativa Parma" und die Beisetzung „nel sepolcro di famiglia". Sein Familienglück wurde schwer getroffen, als 1922 der einzige Sohn als dreißigjähriger, hoffnungsreicher Privatdozent für Zivilprozeß dem Typhus und einer vom Vater ererbten Herzschwäche erlag. Als Costa diese „atroce sventura domestica" in verdoppelter Arbeit zu verwinden suchte, verschärfte sich sein Herz- und Augenleiden 1924 fast bis zur Erblindung. Er konnte aber seine Vorlesungen und Arbeiten bis zum Tode fortführen.

1901 in der Widmung der Storia an den Vater spricht er von der sein Leben beherrschenden dreifachen „religione": der durch den geliebten Vater verkörperten „famiglia", der „scuola", der dieses Werk entsprungen und bestimmt sei, und der „patria", „che si ritempra e rafforza negli studi del Romanesimo". Die „Roma nostra", Italien, das er in einem Gedicht „sangue del sangue nostro" nennt, und „Bologna turrita, . . . che d'Italia rinovelli la vita", waren die Leitsterne seines Lebens und die Triebkräfte für sein zäh verbissenes, weitgehend auch die Nächte beanspruchendes Arbeiten. Wenn Albertoni sagt, daß vom Corpus Inscriptionum Latinarum „non una pagina gli restò ignota", so erlebte ich das selbst, als er 1900 meinen Servus vicarius aus den indexlosen Zehntausenden von stadtrömischen Inschriften um sechs mir entgangene vervollständigte (Storia I S. 357 A. 49, 2. Aufl. S. 134 A. 2).

Indes war er, der Freund Carduccis, mit starken literarischen und literargeschichtlichen Betätigungen nichts weniger als ein nur-juristischer Bücherwurm. So verehrten und liebten ihn die Studenten und besonders die aus seinem Seminar zahlreich hervorgegangenen jungen Gelehrten. Und so behandelte er Recht und Leben stets im Zusammenhang und pflegte alle ihre Äußerungen mit gleich hingebendem Ernst. So die mittelalterliche Rechts- und Juristengeschichte und für das Altertum die nichtjuristische Literatur, die Inschriften und besonders die Papyrus. Aber die Juristenschriften blieben doch stets der Kern. So ist der Papiniano wohl das bleibendste von seinen Werken. Schon 1891 in seiner Antrittsvorlesung in Parma spricht er von „fare soggetto apposito delle mie ricerche Papiniano", und er hat ein Jahrzehnt lang alles, was Literatur und gründlichst durchforschte Quellen ergaben, mit Fleiß und Scharfsinn zusammengestellt, aber auch mit Entsagung, ohne sich je durch die Verehrung für seinen Meister oder durch den Wunsch, ihn den Lesern und Schülern anziehender zu machen, von gewissenhaftester Wahrscheinlichkeitsfeststellung ablenken zu lassen. So z. B. für die Begleitumstände von Papinians Ermordung. Mommsens Wort (Röm. Gesch. V): „Mit Entsagung ist dieses Buch geschrieben,

und mit Entsagung will es auch gelesen sein", kann auch über Costas Papiniano und über all seinen von strengster Selbstzucht zeugenden Büchern stehen. So konnte er ja auch Mommsen einen kongenial verständnisvollen Nekrolog schreiben (Bologna Zanichelli, 1905, 124 S.).

Münster i. W. Heinrich Erman.

Am 12. April 1926 verschied im Alter von erst 44 Jahren der ordentliche Professor des Privatrechts und Vorsitzende der juristischen Fakultät an der Katholischen Universität Mailand Pier Paolo Zanzucchi. In Italien und in Deutschland (Straßburg, Berlin) ausgebildet, durchlief er in ungewöhnlich raschem Aufstieg als Dozent die Universitäten Perugia, Macerata, Messina, Parma, Padua, Pavia, Mailand. Schon der Zweiundzwanzigjährige lenkte durch einen umfangreichen Aufsatz über die successio und accessio possessionis bei der Ersitzung (Arch. giur. Bd. 72, 1904), der 1906 (Bd. 76) eine Fortsetzung erfuhr, die Aufmerksamkeit auf sich. Nicht viel später (1906 und 1910: Riv. ital. per le scienze giuridiche Bd. 42 und 47) behandelte er das Verbot von actiones famosae und die reverentia zwischen Eheleuten und schließlich (1916: Bull. Bd. 29) das sog. beneficium competentiae. Diese drei rechtsgeschichtlichen Arbeiten zeichnen sich alle durch Klarheit der Gedankenführung, Solidität in der Materialbeherrschung und Vorsicht in der Quellenkritik vor vielen ähnlich gerichteten aus. Die Ideen, die hier niedergelegt sind, werden noch Früchte tragen. Daneben hat uns Zanzucchi durch seinen sorgfältigen Vocabolario delle Istituzioni di Gaio (1910) zu Dank verpflichtet, uns deutsche Fachgenossen zumal auch durch die Berichte über das italienische romanistische Schrifttum, die er in dieser Zeitschrift (29, 423ff.; 30, 509ff.) erstattet hat.

E. L.

Verzeichnis der Veröffentlichungen Josef Partschs.[1])

1902	1	Deutsche Studenten in Genf: Hochschulnachrichten, 12. Jahrgang Nr. 6. München, 126—7.
1905	2	Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse, Breslau (in Kommission b. G. Fock, Leipzig) 122 S.
1906	3	Die longi temporis praescriptio im klassischen römischen Rechte. Leipzig, Veit u. Comp.
1907	4	Bespr.: Syrische Rechtsbücher, herausg. und übers. von E. Sachau, I. Bd. 1907: Z.S.St., Rom. Abt., XXVIII, 423—40.

[1]) Bei der Zusammenstellung der Bibliographie hat der Verf. in weitem Umfange die Unterstützung von Frau Professor Partsch genossen. Für Nachträge und Auskünfte ist er ferner Herrn Geheimrat Lenel, Herrn Geheimrat Wilcken, Herrn Ministerialdirektor Trendelenburg und namentlich Herrn Professor Kaden verpflichtet. Nicht aufgenommen sind grundsätzlich: Zeitungsaufsätze, nicht veröffentlichte Gutachten und Arbeiten, die nur als Manuskript gedruckt sind (Vorlesungsgrundrisse, Formelsammlungen usw.).

1907	5	Bespr.: S. Schloßmann, Praescriptiones und praescripta verba. Leipzig 1907: Z.S.St. XXVIII, 440–46.
„	6	Bespr.: V. Arangio-Ruiz, La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizii (R. Univ. di Napoli, Tesi di laurea pubbl. dalla fac. di giurisprudenza VIII). Napoli 1906: Z.S.St., Rom. Abt. XXVIII, 446–50.
1908	7	Der ediktale Garantievertrag durch receptum: Z.S.St., Rom. Abt. XXIX, 403–22.
„	8	Bespr.: L. Wenger, Die Stellvertretung im Rechte der Papyri. Leipzig 1906: Archiv f. Papyrusforschung, IV, H. 3/4, 495–502.
1909	9	Griechisches Bürgschaftsrecht, I. Teil: Das Recht des altgriechischen Gemeindestaats. Leipzig und Berlin, B. G. Teubner, IX u. 434 S.
„	10	De l'édit sur l'alienatio iudicii mutandi causa facta (Mémoire publié à l'occasion du Jubilé de l'Université). Genf, 59 S.
„	11	Neue Rechtsquellen der nestorianischen Kirche. Z.S.St., Rom. Abt. XXX, 355–98.
„	12	Bespr.: J. Binder, Die Plebs, Studien zur römischen Rechtsgeschichte. Leipzig 1909: Deutsche LiteraturZ. 1909, 3117–24.
1909 u. 1910	13	Bespr.: O. Lenel, Das Edictum perpetuum, 2. Auflage. Leipzig 1907: Z.S.St., Rom. Abt. XXX, 490–503; XXXI, 407–42.
1910	14	Römisches und griechisches Recht in Plautus' Persa. Hermes, Zeitschr. f. klass. Philol. XLV, 595–614.
„	15	Bespr.: E. Leisi, Der Zeuge im attischen Recht (Züricher philos. Inauguraldiss. Frauenfeld 1907): Z.S.St., Rom. Abt. XXXI, 443–6.
„	16	Bespr.: E. Burle, Essai historique sur le développement de la notion de droit naturel dans l'antiquité grecque. Trévoux 1908: Z.S.St., Rom. Abt. XXXI, 446–7.
„	17	Bespr.: H. Lipsius, Zum Recht von Gortyns (Abh. d. kgl. Gesellschaft d. Wiss., Phil.-hist. Kl. XXVII. Bd., Nr. 11): Deutsche LiteraturZ. 1910, 3002–4.
„	18	Bespr.: Friedrich Preisigke, Girowesen im griechischen Ägypten. Straßburg 1910: Göttingische Gelehrte Anzeigen 1910, 725–759.
„	19	Bespr.: The Rhodian Sea-Law. Edited from the manuscripts by W. Ashburner. Oxford 1909: Deutsche LiteraturZ. 1910, 2160.
1911	20	Der griechisch-römische Einschlag in der Geschichte des Wertpapiers: Zeitschr. f. d. ges. Handels- und Konkursrecht LXX, 4. H., 437–89.

1911	21	Neue Urkunden zum justinianischen Reskriptenprozesse: Nachr. d. K. Gesellschaft d. Wissenschaften zu Göttingen, Phil.-hist. Kl. 1911, 201—253.
„	22	Das Griechische in der Schulbildung der Juristen: Monatsschr. f. höhere Schulen X, 3—6.
„	23	Bespr.: J. Maspero, Catalogue général des antiquités égyptiennes du Musée du Caire, Nr. 67001—67189. Papyrus grecs d'époque byzantine, tome I, 1. fasc. Le Caire 1910: Göttingische Gelehrte Anzeigen 1911, Nr. 5, 306—19.
„	24	Bespr.: M. Gelzer, Studien zur byzantinischen Verwaltung Ägyptens (Leipz. Historische Abh. 13). Leipzig 1909: Göttingische Gelehrte Anzeigen 1911, Nr. 5, 320—4.
„	25	Bespr.: D. P. Pappulias, *'Ιστορικὴ ἐξέλιξις τοῦ ἀρραβῶνος ἐν τῷ ἐν οχικῷ δικαίῳ*; Geschichtliche Entwicklung der Arrha im Obligationenrecht. Leipzig 1911: Göttingische Gelehrte Anzeigen 1911, Nr. 12, 713—32.
„	26	Bespr.: P. Moriaud, De la simple famille paternelle en droit romain. Genève 1910: Z.S.St., Rom. Abt. XXXII, 440—7.
„	27	Bespr.: H. H. Pflüger, Condictio und kein Ende. Berlin, 1911 (S.-A. aus d. Festgabe d. Bonner Juristenfakultät f. Paul Krüger): Z.S.St., Rom. Abt. XXXII, 447—51.
„	28	Bespr.: J. Nicole, Le procès de Phidias dans les chroniques d'Apollodore. Genève 1910: Z.S.St., Rom. Abt. XXXII, 451.
„	29	Bespr.: M. Rostowzew, Studien zur Geschichte des römischen Kolonates (Archiv f. Papyrusforschung, 1. Beiheft) Leipzig und Berlin 1910: Deutsche LiteraturZ. 1911, 2345—8.
„	30	Bespr.: H. Lewald, Zur Personalexekution im Recht der Papyri. Leipzig 1910: Berliner Philol. Wochenschrift 1911, 678—80.
1912	31	Bespr.: F. Haymann, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache. Berlin 1912: Z.S.St., Rom. Abt. XXXIII, 600—13.
„	32	Bespr.: O. Gradenwitz, F. Preisigke, W. Spiegelberg, Ein Erbstreit aus dem ptolemäischen Ägypten. Straßburg 1912 (Schr. d. Wissensch. Ges. z. Straßburg, 13. Heft): Z.S.St., Rom. Abt. XXXIII, 613—19.
„	33	Bespr.: P. Moriaud, De la simple famille paternelle en droit romain, partie I (Mémoire publié à l'occasion du Jubilé de l'Université 1559—1909). Genf 1910: Deutsche LiteraturZ. 1912, 765—6.
1913	34	Studien zur negotiorum gestio I. Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Phil.-hist. Kl. 1913, 12. Abhandlung. Heidelberg 1913, 106 S.

1913	35	Rechtsgeschichtlicher Beitrag in: Die demotischen Papyri Hauswaldt. Verträge der ersten Hälfte der Ptolemäerzeit (Ptolemaios II—IV) aus Apollinopolis (Edfu), herausg. und übers. von W. Spiegelberg. Leipzig 1913.
„	36	Die alexandrinischen Dikaiomata. Archiv f. Papyrusforschung VI, 1./2. H., 34—76.
„	37	Juristische Literaturübersicht 1907—1911: Archiv für Papyrusforschung V, 4. H., 453—531.
„	38	Erwiderung. Archiv f. Papyrusforschung VI, 1./2. H., 122—3.
„	39	Bespr.: P. Koschaker, Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht. Leipzig 1911: Göttingische Gelehrte Anzeigen 1913, Nr. 1, 13—37.
„	40	Bespr.: Festschrift d. Berliner Juristischen Fakultät für F. v. Martitz z. fünfzigjährigen Doktorjubiläum. Berlin 1911: Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht LXXIV, 182—91.
1914	41	Papyrusforschung. Vortrag, gehalten am 25. Oktober 1913 vor der Wissenschaftlichen Gesellschaft zu Freiburg i. Br. Leipzig, Veit u. Comp. 1914 (auch im 13. H. d. I. Jahrgangs der Wochenschrift „Die Geisteswissenschaften").
„	42	Bespr.: P. de Francisci, *Συνάλλαγμα*. Storia e dottrina dei cosidetti contratti innominati I. Pavia 1913: Z.S.St., Rom. Abt. XXXV, 335—42.
„	43	Bespr.: Ramadier, Les effets de la missio in bona rei servandae causa. Pariser Inauguraldiss. 1911: Z.S.St., Rom. Abt. XXXV, 342—5.
1915	44	Bespr.: Byzantinische Papyri der K. Hof- und Staatsbibliothek zu München. Mit Unterstützung d. K. Bayr. Akad. d. Wissensch. herausg. v. A. Heisenberg u. L. Wenger. Leipzig 1914: Göttingische Gelehrte Anzeigen 1915, Nr. 7 und 8, 427—39.
1916	45	Mitteilungen aus der Freiburger Papyrussammlung, II: Juristische Texte der römischen Zeit. Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philos.-histor. Klasse, 1916, 10. Abhandlung.
1917	46	Die Bundesratsbekanntmachung über die Todeserklärung Kriegsverschollener vom 18. April 1916. Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 124. Berlin.
1918	47	Kriegserfahrungen mit den Rechtssätzen über den Verlust der Staatsangehörigkeit, in: „Die Universität Freiburg ihrem Dr. med. h. c. Ihrer Königlichen Hoheit Luise, Großherzogin-Witwe von Baden, Prinzessin von Preußen zum 80. Geburtstage, 3. Dezember 1918."
1919	48	Der griechische Gedanke in der Rechtswissenschaft, in: Vom Altertum zur Gegenwart, die Kulturzusammenhänge in den Hauptepochen und auf den Hauptgebieten. Skizzen

		von F. Boll, L. Curtius usw. 1. Aufl. 1919, S. 107–115, 2. verm. Aufl. 1921, S. 120–128. Leipzig und Berlin, B. G. Teubner.
1920	49	Rechtsgeschichtliche Untersuchung in: Demotische Urkunden zum ägyptischen Bürgschaftsrechte vorzüglich der Ptolemäerzeit, herausg. und erkl. v. K. Sethe, mit einer rechtsgeschichtlichen Untersuchung v. J. Partsch, XXXII. Bd. d. Abhandlungen d. philos.-histor. Klasse d. sächsischen Akademie d. Wissenschaften. (S. 516–765.) Leipzig, B. G. Teubner, 1920.
„	50	Zum sog. Gnomon des Idios Logos. Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie d. Wissenschaften, philos.-histor. Klasse, 1920, 1. Abhandlung (gemeinsam mit O. Lenel).
„	51	Vom Berufe des römischen Rechts in der heutigen Universität. Bonn 1920, F. Cohen, 58 S.
„	52	Zu den ptolemäischen Prozeßurkunden. Archiv f. Papyrusforschung, VI. H. 3/4, 348–60 (gemeinsam mit: R. Feist, F. Pringsheim, E. Schwartz).
„	53	Der Honoraranspruch des freien Arztes gegen die Krankenkasse. Deutsche JuristenZ., XXV, 1920, H. 11/12, 516–7.
1921	54	Die griechische Publizität der Grundstücksverträge im Ptolemäerrechte. Festschrift für Otto Lenel zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum. Leipzig, S. 77–203.
„	55	Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte I: Z.S.St., Rom. Abt. XLII, 227–72.
„	56	Ein französischer Kommentar zum Friedensvertrag (Gidel et E. Barrault, Le Traité de Paix avec l'Allemagne. Paris 1921). Jurist. Wochenschrift L, 1921, 1391–7.
„	57	Anmerkung z. Entsch. d. OLG. Dresden in: Jurist. Wochenschrift L, 1921, 175–6, Nr. 6. (Bereicherungsklage, Fortdauer der Bereicherung, Beweislast).
„	58	Anmerkung z. Entsch. d. RG. in: Jurist. Wochenschrift L, 1921, 268 Nr. 1. (Ein den Schaden ausgleichender Vorteil liegt nicht vor, wenn das von dem Hypothekengläubiger, der mit seiner Forderung bei der Zwangsversteigerung ausfällt, erworbene Grundstück später infolge der allgemeinen Preissteigerung wertvoller geworden ist. Nachteil und Vorteil müssen gleichzeitig entstanden sein.)
„	59	Anmerkung z. d. Entsch. d. RG. in: Jurist. Wochenschrift L, 1921, 334–5, Nr. 3. (Ein Mangel der Miet- oder Pachtsache z. Zt. des Vertragsschlusses liegt schon dann vor, wenn seine Ursachen gegeben sind und die Sache nur in der Befürchtung einer den Erfolg der Benutzung vereitelnden drohenden Gefahr benutzt werden kann. Daß der Mangel erst später schädigend gewirkt hat, ist unerheblich. BGB. § 538.)

1921	60	Anmerkung z. Entsch. d. RG. in: Jurist. Wochenschr. L, 1921, 395 Nr. 6. (Das Verbot des Kettenhandels richtet sich nicht nur gegen den Abschluß des obligatorischen Vertrages, sondern auch gegen die Erfüllungsgeschäfte.)
„	61	Anmerkung z. d. Entsch. d. RG. in: Jurist. Wochenschrift L, 1921, 1236, Nr. 13. (Die Sorgfalts- und Aufsichtspflichten des § 831 BGB. können weder durch Parteivereinbarung noch durch Polizeiverordnungen beseitigt werden.)
1922	62	Ludwig Mitteis 1859–1921: Z.S.St., Rom. Abt. XLIII, V–XXXI.
„	63	Die Bedeutung der Geschichte und der wissenschaftlichen Theorie für den Politiker: Handbuch der Politik, 3. Aufl., Bd. V, 442–445 (Berlin und Leipzig, Rothschild).
„	64	Die Auflösung der Vorkriegsverträge nach Art. 299a des Vertrages von Versailles. Grundlagen für die Textgeschichte und für die Auslegung: Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht XXIX, 5.–6. H., 295–328.
„	65	Die Haftung des Deutschen Reiches für die Mobilien französischer Eigentümer nach dem Friedensvertrag: Zeitschr. f. Völkerrecht XII, 1./2. H., 117–163.
„	66	Welcher Zeitpunkt kommt für die Berechnung des Wertes bei Liquidationen von Sachinbegriffen im Verhältnis zu England in Frage?: Zeitschr. f. Völkerrecht XII, 3. H., 351–64.
„	67	Die allgemeine Verantwortlichkeit des Reiches nach Art. 231 des Friedensvertrages als Haftungsgrund: Deutsche JuristenZ. XXVII, 1922, H. 7–8, 201–8. Französisch erschienen unter dem Titel: Le dogme de la responsabilité générale de l'Allemagne (Art. 231 du traité de Versailles). Berlin, Liebmann 1922.
„	68	Die Auflösung der Vorkriegsverträge und die Geldverbindlichkeiten. Berlin, Vahlen. Französisch erschienen unter dem Titel: L'annullation des contrats d'avant-guerre et les obligations pécuniaires, Berlin 1922, Vahlen.
„	69	Die Weiterbildung des Versailler Diktats durch Frankreich im Jahre 1921. Recht und Wirtschaft 1922, Sp. 91.
„	70	Ansprüche von Ausländern gegen das Deutsche Reich nach Teil X des Versailler Vertrages. Vortrag: Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 3, 1922, 86–101.
„	71	Anmerkung z. Entsch. d. Deutsch-Englischen Schiedsgerichts vom 19. Mai 1922, Nr. 70, Lupton v. Stinnes in: Jurist. Wochenschrift LI, 1922, 1160–1 (Zahlung von Maklerlohn).
„	72	Anmerkung z. Entsch. d. Deutsch-Englischen Schiedsgerichts, Nr. 60, Singleton v. Benda, in: Jurist. Wochen-

		schrift LI, 1922, 1364 (Zinsen für eine Forderung, die an den Treuhänder bezahlt ist, loss of use).
1922	73	Anmerkung z. Entsch. d. Deutsch-Englischen Schiedsgerichts v. 26. Juli 1922, Fall 353 und 357, Stamp v. Schlesinger Nachfolger, in: Jurist. Wochenschrift LI, 1922, 1642 (Führung des Prozesses ohne Willen der deutschen Partei).
„	74	Bespr.: M. Rostovtzeff, A large estate in Egypt in the third century b. C., Univ. of Wisconsin Studies in the Social Sciences and History VI, Madison 1922: Z.S.St., Rom. Abt. XLIII, 564—7.
„	75	Bespr.: B. Haussoullier, Traité entre Delphes et Pellana, études de droit grec. Paris 1917: Z.S.St., Rom. Abt. XLIII, 578—84.
„	76	Bespr.: Das Wirtschaftsrecht des Versailler Vertrags in Einzeldarstellungen, herausg. in zwangloser Folge v. d. Industrie- und Handelsschutz G. m. b. H., I: Vorkriegsverträge und ihre Ausführungen im Interesse der Feindmächte v. Werner Fiebach. Berlin 1922: Jurist. Wochenschrift LI, 1922, 370.
„	77	Bespr.: Ernst Wolff, Die Haftung aus Vorkriegsverträgen, S.-A. in der Zeitschr. f. internationales Recht XXIX, 1922: Jurist. Wochenschrift LI, 1922, 1102.
„	78	Bespr.: Entscheidungen der gemischten Schiedsgerichtshöfe, unter Mitwirkung zahlreicher Anwälte bearb. v. R. A. Dr. Wilh. Beutner, Dr. Siegfried Goldschmidt usw., Berlin 1922: Jurist. Wochenschrift LI, 1922, 1498—9.
1923	79	Die Anwendung des Versailler Vertrages auf die beim Ausbruch des Krieges in deutschen Häfen zurückgebliebenen Schiffe der ehemals feindlichen Mächte: Weltwirtschaftliches Archiv XIX, H. 1, 104—117.
„	80	Studien zum Ausgleichs- und Liquidationsrecht. Abhandlungen z. Friedensvertrage, herausg. v. Partsch u. Triepel, 3. H. Berlin, Vahlen. 1. Begriff der Barguthaben im Versailler Vertrag (S. 51—82). 2. Die Befriedigung von Forderungen aus dem Erlös aus (l. des) im Ausland liquidierten deutschen Vermögens (S. 101—110).
„	81	Die Auslegung des Friedensvertrags: Archiv der Friedensverträge I, 43—54.
„	82	Die ausländische Literatur auf dem Gebiet der privatrechtlichen Wirkungen des Friedensvertrags: Kritische Vierteljahrschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, N. F., LVI.
„	83	Der französische Einmarsch in das Ruhrgebiet und der Friedensvertrag: Deutsche JuristenZ. XXVIII, 1923, H. 3/4, 63—7.

1923	84	Anmerkung z. d. Entsch. d. Deutsch-Englischen Gemischten Schiedsgerichts (Claim 38, Harald & Co. v. Cahn) in der Jurist. Wochenschrift LII, 1923, 204 Nr. 2 (zu Art. 299a FV.).
„	86	Anmerkung z. d. Entsch. d. Deutsch-Französischen Gemischten Schiedsgerichtshofs, Foncière v. Moser & Schoenmann in: Jurist. Wochenschrift LII, 1923, 207—8 Nr. 9 (Rechtsverwirkung infolge Nichtzahlung während des Krieges).
1924	86	Juristische Literaturübersicht (1912—1923): Archiv f. Papyrusforschung VII, 3./4. H., 258—87.
„	87	Bespr.: K. Latte, Heiliges Recht. Untersuchungen zur Geschichte der sakralen Rechtsform in Griechenland: Z.S.St., Rom. Abt. XLIV, 556—8.
„	88	Bespr.: P. Krüger, Codex Theodosianus, fasc. 1, liber 1—6. Weidmann, Berlin 1923: Z.S.St., Rom. Abt. XLIV, 558—9.
„	89	Bespr.: S. Riccobono, La fusione del jus civile e del jus praetorium. Festgabe f. Zitelmann, Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie XVI, 503—22: Z.S.St., Rom. Abt. XLIV, 559—62.
„	90	Bespr.: Gutzwiller, Der Einfluß Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts. Freiburg (Schweiz) 1923: Z.S.St., Rom. Abt. XLIV, 562.
„	91	Vom Deutsch-Belgischen und Deutsch-Polnischen Gemischten Schiedsgericht[1]): Deutsche JuristenZ. XXIX, 1924, H. 21/22, 879—80.
„	92	Die Mixed Claims Commission. Auslandsrecht V, 1924, Sp. 131—136.
„	93	Das Schiedsverfahren über das deutsche Auslandsvermögen (Art. 260 FV.). Auslandsrecht V, 1924, Sp. 345—350.
„	94	Gutachten über die französischen Domanialschulen im Saargebiet, in: Amtliches Weißbuch über das französische Schulwesen im Saargebiet. — Auch englisch: Correspondence concerning the French Schools in the Saar-Territory. Berlin 1924, Reichsdruckerei, S. 44—66, Nr. 8.
„	95	Anmerkung z. d. Entscheidung d. Deutsch-Englischen Gemischten Schiedsgerichtshofs E. C. I. Read w. Deutsches Reich, Claim 210 (Klagen aus Art. 302 FV. sind nicht gegen das Reich, sondern gegen die Privatpartei zu richten. Notwendigkeit d. Kausalzusammenhangs zwischen Kriegsmaßnahme und Schaden) in: Jurist. Wochenschrift LIII, 1924, 237f.
„	96	Italienische Studienreform in: Jurist. Wochenschrift LIII, 1924, 32f.

[1]) Nachruf auf Paul Moriaud.

1924	97	Bespr.: Festgabe für Zitelmann (Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie 1923, XVI, H. 4): Jurist. Wochenschrift LIII, 1924, 20f.
„	98	Bespr.: Perikles K. Bizoukides, Josef Kohler als Jurist und Philosoph (Ὁ Ἰωσήφ Kohler ὡς νομικὸς καὶ φιλόσοφος). Leipzig 1923: Jurist. Wochenschrift LIII, 1924, 1332.
„	99	Bespr.: Fr. W. v. Rauchhaupt, Die spanischen Gesetzesquellen von den Anfängen bis zur Gegenwart. Heidelberg 1923: Jurist. Wochenschrift LIII, 1924, 1339.
1926	100	Der französische Vorentwurf zum Vertrag von Versailles: Archiv der Friedensverträge II.
1927	101	Mitteilungen aus der Freiburger Papyrussammlung III. Juristische Urkunden der Ptolemäerzeit. Mit einem Vorwort und einem Anhang herausgeg. von U. Wilcken. Abhandl. d. Heidelberger Akad. d. Wissensch., Phil.-hist. Kl. 1927. (Z. Zt. d. Korrektur noch nicht erschienen.)

Freiburg i. B. W. Kunkel.

Wir werden gebeten, auf die vom 9. bis 11. Juni d. J. in Heidelberg stattfindende, von den Herren Wenger und Mitteis einberufene Tagung deutscher Rechtshistoriker hinzuweisen. Obwohl die Zeitschrift und ihre Redaktion als solche der Veranstaltung fernsteht, kommen wir diesem Ansuchen gerne nach und benutzen die Gelegenheit, dem Wunsche Ausdruck zu geben, daß die Tagung zu fruchtbaren Ergebnissen für unsere rechtsgeschichtliche Wissenschaft gelangen möge. Wir werden im nächsten Bande über den Verlauf an dieser Stelle berichten.

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.

